ISTITUZIONI DI DIRITTO CIVILE ITALIANO

VOLUME I.

ISTITUZIONI

DI

DIRITTO CIVILE ITALIANO

PER

G. P. CHIRONI

PROF. ORD. DI DIRITTO CIVILE NELLA R. UNIVERSITÀ DI TORINO

VOLUME I.

TORINO
FRATELLI BOCCA EDITORI
LIBRAI DI S. M. IL RE D'ITALIA

SUCCURSALI
ROMA
Via del Corso, 216-217.
FIRENZE
Via Cerretani, 8

DEPOSITI
PALERMO
Università, 12
(N. Carosio)
NAPOLI
Piazza Plebiscito, 2
CATANIA
S. Maria al Ros.°, 28
(N. Carosio)

1888

Nel pubblicare questo lavoro di « Istituzioni » mi corre obbligo di fare alcune avvertenze. Non dirò dello spirito col quale è condotto, perchè, senza ch'io ne faccia dichiarazione, il lettore vedrà come abbia voluto serbar fede all'indirizzo strettamente scientifico, al quale, come a suo principal fattore, la corretta educazione giuridica si lega; dirò solo, che mi parve opportuno conciliare le esigenze del metodo con quelle della chiarezza e del rispetto alla lettera della legge, adottando, quando era possibile, nella enunciazione e nel raggruppamento dei principii le locuzioni stesse adoperate dal legislatore. Così, il significato letterale della legge e lo spirito suo si uniscono a dichiararne il fondamento e la estensione.

L'indole del libro non consentiva campo a discussioni; perciò mi tenni pago a dire, con la brevità e chiarezza per

me maggiori, quanto i miei studi e la convinzione mia persuadevanmi contenere la volontà del legislatore. E in qualche punto accettai soluzioni contrarie a quelle che, discutendo, io difesi in altri lavori: la discussione tenuta non mi parve così piena da affermarne qui recisamente i risultati proposti, pure rammentando al lettore la disputabilità della opinione accolta.

Della bontà di questi intendimenti, e del modo col quale li attuai, giudicheranno gli studiosi.

CENNO STORICO SUI FONTI DEL DIRITTO CIVILE ITALIANO

SAVIGNY, *Gesch.*, *d. röm. Rechts im Mittelalter* (e. 1834-51); SCLOPIS, *St. della legisl. italiana* (ed. 1863-1864); *Storia dell'ant. leg. del Piemonte* (ed. 1833); LA MANTIA, *St. della legisl. civ. e crim. di Sicilia* (e. 1866-1874); PERTILE, *St. del diritto italiano* (e. 1873-1888); BELLAVITE, *Note di diritto civ. ital.* (introd.).

V. pure PADELLETTI, *Fontes iur. ital. m. aevi* (e. 1877); NANI, *Studi di dir. longob.*, I. Fonti (1877); STOBBE, *Handb. d. deutsch. Privatr.* (e. 1881-85); HEUSLER, *Instit. d. deutsch. Privatr.* (e. 1884-86); *Raccolta degli Stat. municip. italiani* (ediz. TODARO, Palermo, 1887).

I. La storia dei fonti del diritto civile italiano va distribuita in due periodi: dei quali, l'uno abbraccia tutto il tempo volto dalla caduta dell'impero romano alla introduzione del Codice civile francese (il che avvenne dall'a. 1804 al 1808), e l'altro quello che scorse da quest'epoca sino alla unificazione delle leggi civili. A rigor di termine, la si potrebbe distribuire in quattro, perchè avvenuta nel 1814 la restaurazione dei diversi potentati fra i quali era spartito il territorio italiano, le vecchie leggi furono richiamate in vigore, abolito il Codice civile francese (eccezione fatta per la Liguria, per il ducato di Parma, e, in qualche parte, per la Toscana): ma questo avea dato così larghi frutti, che i sovrani restaurati dovettero provvedere, qual più e quale meno sollecitamente, alla codificazione delle leggi, tenendo a modello i Codici francesi. E però, quando di questo intervallo fra l'abolizione del Codice civile francese ed i nuovi Codici che gli succedettero vogliasi tener calcolo separato, s'ha un terzo periodo, continuazione del primo, ed un quarto, il quale, se si rannoda al terzo cui succede, è in relazione più diretta col secondo, rappresentato dall'impero ch'ebbe fra noi il Codice civile francese; par tuttavia miglior consiglio seguire la divisione proposta, dacchè il terzo periodo sia riproduzione del primo: periodo di breve durata, come quello che ripugnava assai alla coscienza giuridica ravvivatasi al sistema della codificazione, il quale ripigliò da ultimo il suo pieno dominio.

I due periodi hanno caratteri ben spiccati: nell'uno, fonte prima del diritto è la « *ragion comune* » costituita dal diritto romano

(Collezioni Giustinianee), con le modificazioni apportatevi dal diritto canonico in omaggio ai concetti della morale cattolica, ai risultati posti da una costante pratica forense, e talvolta a reminiscenze di diritto germanico: e con quelle recate dagli *statuti* che s'eran date molte fra le città italiane, specie nell'epoca così fiorente, e pure così breve, dei Comuni. Si potrà dire che gli « statuti » erano fonte prima di diritto nelle città ove imperavano, e la ragion comune valesse solo per le materie che non avessero regolato: ma è da avvertire che da noi non s'ebbe quella distinzione marcata, profonda come si nota nella storia del diritto francese fra il diritto scritto ed il diritto consuetudinario, al quale il diritto germanico dette il contributo maggiore; gli statuti si collegavano al diritto romano, in quanto vi apportavano mutamenti consigliati dalla pratica forense, o dai bisogni mutati od accresciuti ai quali la legge romana mal poteva provvedere, o dalla legge canonica. In tali modificazioni si discerne talvolta la influenza del diritto germanico: ma, o per effetto dell'avere le provincie occupate, durante il periodo delle invasioni barbariche, per lo più serbata la osservanza della legge romana: o per la durata (relativamente breve) del dominio degli invasori: o per il potente rifiorire del diritto romano ad opera dello studio bolognese, non si può considerare il diritto germanico come un fonte precipuo del diritto italiano.

Il secondo periodo, oltrechè del sistema della codificazione (toltone un breve intervallo), è caratterizzato da altre circostanze, le quali hanno, specialmente per la interpretazione della legge, importanza grave. Tali sono la introduzione del Codice civile francese da prima, e l'essere stato poi tolto costantemente a guida dei Codici che s'ebbero più tardi: col primo fatto s'ebbe *quasi*, una interruzione nella tradizione giuridica nazionale, e diciam *quasi*, perchè il Codice francese si inspirò per la maggior parte alle teoriche del diritto romano come erano insegnate dagli interpreti del secolo XVI e XVII, pure accogliendo in pari tempo istituti di diritto germanico che nelle consuetudini di varie provincie avevano posta salda radice: col secondo fatto si ha che il Codice civile francese riacquistò influenza come fonte principalissima dei Codici civili nazionali, i quali ne seguirono le teoriche, modificandole in alcune parti o con l'accogliere istituti delle vecchie leggi richiamate in vigore dopo la restaurazione,

o completandole col risolvere questioni sulle quali fra gli interpreti di quel Codice durava controversia. Cosicchè il sorgere dei nuovi Codici segna il momento nel quale la tradizione quasi interrotta riprende il suo svolgimento, ma in parte, perchè fusa con altro elemento (sebbene non più nuovo): il Codice civile francese. Il diritto germanico ricomparisce in tal modo come fonte della nostra legislazione, penetrandovi cogli istituti che vennero mutuati da questo Codice: e vi penetrò pure col mezzo del Codice civile austriaco, opera legislativa larga di meriti, che ebbe vigore in alcune provincie italiane.

II. Tenendo ora un ordine cronologico, i fonti del primo periodo sarebbero i seguenti: 1) collezioni giustinianee del diritto romano: 2) diritto germanico, ma ristretto alla sola influenza che si notò dianzi; 3) diritto canonico, e giurisprudenza pratica civile e canonica: 4) statuti; sono da aggiungere, 5) le leggi emanate dai sovrani dei diversi Stati italiani, sotto forme di *costituzioni, editti, lettere patenti, regolamenti*, ed anche di *statuti:* in alcune regioni della penisola soggette alla dominazione spagnuola ebbero pur vigore ordinamenti speciali (*regie prammatiche*), nei quali la dottrina romana costituiva sempre il nucleo principale.

III. Nel secondo periodo (giova avvertire come anche prima siasi avuto qualche tentativo, informe, accennante a codificazione), a non parlare del tratto di tempo in cui imperò solamente il Cod. civ. fr., e dell'altro in cui le antiche leggi riebbero vita, i fonti del diritto civile sono:

A) Rispetto agli Stati non governati da un Codice civile:

a) la ragion comune (dir. romano, modificato dal canonico in alcuni istituti) limitata negli Stati pontificii dal *Regolamento legislativo* entrato in vigore il 1° gennaio 1835; e nella Toscana da leggi speciali sulle successioni, la patria potestà, privilegi e ipoteche, ecc. (LL. 18 ag., e 1° nov. 1814; 11 dic. 1835; 2 maggio 1836; 20 nov. 1838).

B) Rispetto ad altri governati da un Codice civile:

a) il Cod. civ. francese conservato nel duc. di Lucca con alcune modificazioni (Decr. 7 mag. 1814 e 21 ag. 1835) fino alla pubblicazione del Codice civile italiano, e nella Liguria fino all'introduzione del Codice civile sardo;

b) il Cod. civ. austriaco entrato in vigore nelle provincie costituenti il regno Lombardo-Veneto, col 1° gennaio 1816;

c) il Cod. civ. del regno delle Due Sicilie, entrato in vigore il 1° settembre 1819;

d) il Cod. civ. parmense entrato in vigore il 1° luglio 1820;

e) il Cod. civ. sardo, entrato in vigore negli Stati sardi del continente il 1° gennaio 1838 (e nell'isola di Sardegna il 1° novembre 1848);

f) il Cod. civ. estense entrato in vigore il 1° febbraio 1852.

IV. Unificata in gran parte politicamente la penisola (a non parlare dei progetti di riforma del Codice civile sardo escogitati nel 1859 e 1861), si dette opera alla unificazione legislativa: la quale venne intrapresa col progetto che ha nome dal ministro Miglietti (presentato al Senato del Regno il 9 gennaio 1862), modificato col progetto successivo Pisanelli (presentato al Senato del Regno nelle torn., 15 luglio e 28 nov. 1863), modificato a sua volta dalla commissione senatoria nominata per farne esame.

Di quest'ultimo progetto, mediante la legge del 1° aprile 1865, venne autorizzata la pubblicazione, con mandato al governo del Re di adottare gli emendamenti necessari a coordinare in ciascuna materia, sì nella sostanza che nella forma, le particolari disposizioni col sistema e coi principii generali adottati, senza alterarli, nonchè a coordinare il Codice civile con le altre leggi (L. cit. a. 1.).

Istituita con decreto reale una commissione perchè tal coordinamento avesse luogo, questa ultimava i lavori il 25 giugno 1865: con Decreto reale di pari data veniva ordinata la pubblicazione del Cod. civ., la cui entrata in vigore era fissata per il 1° gennaio 1866. Con successive leggi del 26 marzo 1871, venne il nuovo Codice esteso alle provincie venete ed agli ex Stati Pontificii (v. per questi il R. D. 27 nov. 1870). A dirimere nel miglior modo, e in gran parte coi principii che saranno esposti, le questioni di diritto transitorio, vennero pubblicate acconcie disposizioni in data 30 nov. 1865, estese con R. D. 25 giugno 1871 alle provincie venete, e 27 nov. 1870 (e l. 26 marzo 1871) alle provincie romane.

V. Finalmente è da avvertire, come insieme al Codice civile siano fonti di diritto civile le leggi e decreti che gli son relativi: o completandolo (p. es. R. D. sullo stato civile 15 nov. 1865; legge

sul notariato 25 maggio 1879, nella parte delle formalità degli atti notarili), o modificandolo (p. es. legge 6 dicembre 1877 sull'arresto personale) (*).

VI. Siccome le leggi anteriori alla unificazione legislativa sono i fonti del Codice civile italiano, così nell'interpretare le disposizioni che questo ha, è d'uopo riandare le norme contenute in quelle, e ricercarne il valore nelle rispettive origini storiche, nei lavori preparatorii, nella dottrina e nella giurisprudenza del tempo. Nè occorrerà notare il grave valore che hanno i lavori preparatorii del Codice civile attuale (Progetti Ministeriali, relazioni, discussioni, verbali della Commissione di coordinamento, le Relazioni al Re), dacchè in essi sia accennato pressochè sempre il giusto valore delle innovazioni introdotte dal legislatore italiano; il quale se nell'opera sua s'inspirò continuamente al Codice civile francese, pure vi introdusse quelle riforme suggerite dai Codici precedenti, o dalla dottrina e dalla giurisprudenza svoltesi in relazione ad essi, o da nuove necessità sociali (**). È anche d'uopo avvertire, come fra i lavori preparatorii del Codice civile italiano debbano comprendersi alcune leggi speciali attinenti ai Codici anteriori, e qualche progetto di legge del quale in relazione ad alcuno di essi era stato intrapreso lo studio (***).

(*) È commendevole la edizione di queste leggi curata dal prof. Gianzana (Torino, 1887).

(**) Di questi lavori è assai raccomandabile la edizione intrapresa nel 1886 a cura del Ministero di Grazia e Giustizia (Roma, Tip. D. Ripamonti): è pure utile quella curata dal prof. Gianzana (Torino, 1887).

(***) Tale, p. es., il progetto di legge sul matrimonio, elaborato dalla Commissione istituita con r. determinazione 16 gennaio 1849.

ISTITUZIONI DI DIRITTO CIVILE ITALIANO

PARTE GENERALE

CAPITOLO I.

Della legge.

§ 1. — *Generalità.*

PLATONE, *Critone*, XI, XII; AUL. GELL., *Noct., Act.*, X, 20; VANGEROW, *Lehrbuch der Pandekten*, §§ 12-13; WINDSCHEID, *Lehrbuch d. Pandektenrechts*, § 14; BRINZ, *Pandekten*, § 26; ARNDTS-SERAFINI, *Pandette*, § 21; DERNBURG, *Pandekten* (1884), I, § 19; STOBBE, *Handb. d. deutsch., Privatr.* (1882-85), I, § 18; BESELER, *System d. deutsch., Privatr.* (1885), I, § 18; SAVIGNY, *System d. heutig. römischen Rechts*, §§ 7, 13; HÖLDER, *Pandekten* (1886), § 4, 5; UNGER, *System d. österr. allg. Privatr.*, § 2, 3; FÖRSTER, *Theorie u. Prax. d. heutig. gem. preuss. Privatr.*, I (1881), § 9; SIEBENHAAR, *Lehrb. d. sächsisch. Privatr.*, § 3; HUBER, *Syst. u. gesch. d. schweizer. Privatr.*, § 5; AUBRY et RAU, *Cours de dr. civ. fr.*, § 1; BIANCHI, *Corso di dir. civ.*, I, pag. 5-24. POST, *Die Gründl., d. Rechts u. d. Grundz., sein. Entwickel.* (1884), § 1-6; WINDSCHEID, *Die Aufgab., d. Rechtswissensch.* (1884); SCIALOIA, *Il diritto positivo e l'equità* (1880).

Nella società umana, il mutuo completamento degli associati implica di necessità una vicendevole limitazione della libertà di ciascheduno, che si estende sino al punto in cui si ottiene l'insieme armonico delle varie forze individuali: il bisogno ineluttabile della integrazione, e l' entità di essa, indicano di per sè quanta parte della propria libertà l'individuo debba perdere. Come negli aggregati inorganici ed organici, così nell'aggregato sociale è sempre vero il principio che la integrazione risponde al sacrifizio di parte dell'autonomia individuale, e ciò nello interesse sì di tutto il corpo che dei singoli: ma è vero del pari, che l'aumentare perenne dei bisogni, il mutare continuo delle condizioni dànno sempre occasione a

nuove forme di essa, cosicchè le leggi che ne governano l'azione debbono mutare a seconda che richiede lo stato sociale di cui sono immagine fedele. D'altra parte, la intelligenza e la libertà proprie all'uomo, unità dell'aggregato, impediscono che codesto processo possa da solo dichiarare le norme con cui si attuano i rapporti delle varie unità fra loro, e delle unità con l'insieme: e pure essendo possibile, la libertà dell'individuo toglierebbe ad esse quella forza fatale, che caratterizza la vita delle unità nei mondi inorganico ed organico. Onde il bisogno che l'aggregato sociale determini, man mano che occorrono, codeste norme: e lo faccia badando alle condizioni dell'ambiente, il cui miglioramento vuol essere così secondato.

La necessità della integrazione dimostra due cose: la necessità dell'aggruppamento sociale, e la necessità della *legge*. La quale è perciò « *volontà generale degli associati che dà le norme obbligatorie pei rapporti giuridici sorgenti in seno all'associazione* »: questa *volontà generale* ha la sua fonte immediata nella personalità che rappresenta l'insieme delle forze individuali aggruppate, lo *Stato:* il quale è *legislatore*, e, per la forza che è inerente alla sua essenza, è pure *custode della legge*. La cui necessità basta a provare perchè la obbligatorietà ne sia il carattere: siccome essa statuisce le regole più esattamente rispondenti alle condizioni sociali che ne sono causa, e tende a migliorarle seguendo la spinta naturale del progresso, è *diritto:* perchè poi dà tali regole considerando i rapporti in sè, come istituti giuridici, è detta *diritto oggettivo*.

La forza con la quale lo Stato può tutelare l'osservanza delle leggi indica già come la *morale* differisca dal diritto oggettivo; l'una è priva di coazione esterna, e questa è invece essenziale al secondo. D'altronde, tuttochè i principii su cui riposa la morale non sieno immutabili, sentendo anch'essi l'influenza dell'ambiente, pure si modificano nel modo più lento, causa a punto la generalità loro: mentre il diritto oggettivo che specializza e classifica, tocca intimamente le condizioni sociali, e muta col mutare di esse. I principii della morale, coll'indicare i limiti della libertà dei singoli, in conseguenza dell'unirsi in società, designerebbero per sè il processo della integrazione, ma questa, per la generalità e per la rigidezza di essi (a parte la mancanza di coazione), male si svolgerebbe sotto la loro

tutela: è a causa di tale generalità che la *morale* non si può dire propria di un dato popolo, ed è invece comune a quanti hanno in comune educazione e cultura. Il diritto oggettivo invece, seguendo meglio le condizioni speciali della società che regge, le è particolare, e dovendo curare il benessere degli associati non si limita a proibire il male, ma dà provvedimenti che favoriscono il progresso: perciò, segue in certi punti i precetti della morale, ed in altri dà tutta preferenza all'autonomia individuale; restringe quest'ultima solo in quanto la necessità lo esige, cosicchè vi sono atti che ripugnerebbero alla morale e che il diritto oggettivo non vieta, ed atti che la morale non proibisce, e pure il diritto oggettivo non consente. Quindi fra la morale ed il diritto non vi ha dissidio essenziale, nè potrebbe esservi, giacchè l'una e l'altro esprimono con diversa ampiezza le conseguenze della integrazione, e le condizioni di essa: ma siccome il diritto segue in modo più particolareggiato gli aspetti delle cose, non sempre può e deve tener dietro ai suggerimenti della morale. Possono cioè non trovarsi di accordo nell'indicare il limite della libertà individuale.

§ 2. — *Divisione del diritto oggettivo.*

Savigny, § 9; Dernburg, § 21; Unger, § 7; Aubry et Rau, l. cit.; Bianchi, l. cit.

Col fatto dell'associazione sorgono di necessità rapporti fra i singoli associati, e fra essi e l'insieme che risulta dal loro concentramento personificato nel potere sociale (Stato), cui sono devolute funzioni da esercitare nell'interesse della collettività. Avviene pure che in seno a questa associazione massima esistano associazioni minori, ma tutte a scopo d'interesse pubblico, e la cui esistenza o si riferisce ad un tipo storico di aggregazione, intorno alla quale, come nucleo, venne poi formandosi quella più ampia in cui è compresa (*comune*): o ad una creazione della legge (provincia) che in certi casi può tuttavia basarsi su elementi naturali (*regione*). Le relazioni fra l'associato *come tale*, e lo Stato od alcuno degli aggregati minori che ne dipendono, ed esistenti nell'interesse generale degli individui che ne fanno parte, sono governate dal diritto *pubblico:* la cui funzione

è designare i diritti e gli obblighi dell'associato non in quanto gli possono individualmente competere, ma in quanto si riferiscono, date certe condizioni, ad ognuno che concorra a formare quella data aggregazione: che toccano la qualità di associato. I rapporti invece fra i diversi individui, o fra gli individui e le aggregazioni accennate (quando non toccano la sola qualità di *associato*, ma l'utilità particolare), sono regolati dal diritto *privato*. Nell'uno domina il criterio dell'interesse generale, nell'altro quello del particolare, sebbene molte volte alcune norme del diritto privato abbiano la ragione di essere nell'interesse generale: ed allora si hanno leggi di *ordine pubblico*, che differisce dal *diritto pubblico* per la condizione delle persone fra cui esistono le relazioni governate da quest'ultimo.

Il diritto pubblico secondochè si riferisce alle norme su cui poggia la costituzione dei poteri dello Stato, od a quelle che ne governano il particolare andamento, od alla difesa della società contro i delitti che ne turbino l'ordine, la sicurezza, od alle forme con le quali l'autorità giudiziaria esercita le sue funzioni a garanzia del diritto, toglie nome di *costituzionale, amministrativo*, *penale* e *procedurale (civile, penale)*.

L'aggregazione costituita nell'interesse generale non può in ogni suo atto avere altro scopo che non sia questo: ma i rapporti che essa effettua riguardano il diritto pubblico od il privato, secondochè l'associato vi concorra in cotesta qualità, oppure come semplice persona, capace perciò di diritto. Ond'è, che un provvedimento ordinato dall'autorità nell'interesse generale, è per sè di diritto pubblico: ma quando nell'eseguirlo fosse data ingiustamente lesione ad un individuo, i rapporti col leso derivanti dalla ingiuria sono di diritto privato: la obbligazione esiste rispetto all'associato, considerato come individuo.

La distinzione in *pubblico* e *privato* ha pur luogo rispetto al diritto chiamato *internazionale*. Gli Stati possono costituire fra loro dei rapporti (giacchè la legge d'integrazione come esiste per gl'individui, così ha luogo per le associazioni d'individui più o meno vaste), ed il diritto internazionale *pubblico* li regola; o le relazioni sorgono fra individui appartenenti a Stati diversi, e perciò governati da leggi proprie a ciascheduno, e le norme con le quali esse vengono definite dànno il diritto internazionale *privato*. Anche

qui, il *diritto* ha sempre il carattere di limitazione di libertà, in quanto necessaria per il mutuo completamento degli associati, ma è privo della guarentigia che ha rispetto all'individuo obbligato alla obbedienza verso il potere sociale: per la indipendenza, la sovranità di ciascheduno Stato, manca un potere dirigente che dia norma alla condotta degli Stati fra loro, e colla forza possa imporne l'osservanza. In queste relazioni fra i vasti aggruppamenti umani, se non manca la norma che possa governarli, fa difetto la obbligatorietà che caratterizza la *legge*, quale esiste fra un aggruppamento speciale e l'individuo che vi appartiene.

§ 3. — *Diritto privato: diritto civile.*

La contenenza del diritto *privato* è data dai rapporti costituiti fra individuo ed individuo: o fra individuo come tale, ed un' associazione costituita a scopo di pubblico interesse: o fra associazioni private: o fra un'associazione pubblica ed altra associazione parimenti pubblica, quando, soggetti di un diritto o di una obbligazione nella stessa guisa che potrebbe esserlo un particolare, agiscono come privati, e perciò al diritto privato sono sottomesse. Non è che in quest'ultimo caso l'associazione non agisca nell'interesse dei singoli da cui è costituita, ma per la capacità giuridica che ha, può dar vita a rapporti quasi fosse un privato, ed è considerata allora quale individuo.

Al diritto privato inteso come accolta di norme governanti i rapporti di interesse particolare, equivale il diritto *civile* (che non designa più il dir. proprio ai cittadini, *C. 3:* v. § 34), in senso lato: nel suo stretto significato non si estende a certi rapporti *speciali* (p. es. i commerciali: *diritto commerciale*).

§ 4. — *Diritto privato: distinzioni.*

Savigny, § 16; Vangerow, §§ 30, 114, 117; Windscheid, §§ 28, 29, 135, 136; Brinz, §§ 25, 69-72; Arndts-Serafini, § 23; Dernburg, I, § 33; Hölder, § 13; Bekker, § 27; Unger, § 7; Förster, § 14; Dernburg, *Preussischen Privatrechts*, I, §§ 23-25.

Il diritto oggettivo è *comune* (generale, normale) sempre che ha efficacia uguale rispetto a tutti: ossia, quando chiunque si trovi nella condizione voluta per la sua applicazione può valersene: ma con-

viene tener conto della condizione particolare di certe classi di individui i quali nella legge comune non avrebbero efficace tutela, e di classi speciali di persone, cose od atti che a cagione della loro natura e dello interesse loro richiedono norme apposite che le governino. A questo provvede il diritto singolare (*anomalo*) che contiene una derogazione alle regole del diritto comune; ma è volontà generale pur esso, è stabilito nell'interesse generale, giacchè male si provvederebbe a quest'ultimo, se, per non introdurre eccezioni alla legge comune, una classe di persone, od una data categoria di negozii giuridici non fossero ben governati. La legge è integrazione: questa non può procedere in modo uniforme per tutti, e come è diversa per la società in genere a seconda dei tempi diversi, così nello stesso periodo di tempo è diversa secondo le diverse condizioni delle persone o cose. L'*utilità* è il fondamento del diritto singolare, che può esistere in vantaggio della classe cui si applica, oppure a suo danno (*ius singulare est quod contra tenorem rationis propter* aliquam utilitatem, auctoritate constituentium *introductum est*): mentre le *norme giuridiche* dànno la base al dire generale (comune).

Se poi la eccezione concerne non una classe di persone (donne maritate, minori), nè una classe di atti, ma un individuo o determinati individui, si ha il *privilegio* (*lex in privos lata*). Conceduto dal potere sociale, è revocabile secondo che piaccia al concedente, e siccome può essere determinato da considerazioni attinenti alla persona od alla cosa (*privil. rei, priv. personae*), così la sua durata è in relazione diretta con quella che ha la causa onde ebbe origine. Differisce dal diritto *singolare*, perchè questo, a somiglianza di quanto avviene nel dir. comune, è applicato a tutte le persone o atti che hanno le condizioni richieste perchè possano essere invocate le sue disposizioni eccezionali: il *privilegio* vale solo per coloro cui sia stato *individualmente* conceduto.

Considerato il diritto oggettivo in ordine al territorio sul quale impera, può essere *universale* o *particolare:* l' uno si estende a tutte le parti dello Stato, l'altro a date regioni. L'esistenza di quest'ultimo dipende o da ragioni storiche, come si avrebbe se fosse preesistente all'aggrupparsi delle singole società in un solo Stato, o dalle condizioni speciali di una parte degli associati; l'universale è il solo che risponda alla essenza, al fine dell'associazione.

§ 5. — *Diritto civile. Fonti.*

I fonti del diritto civile italiano (quale raccolta delle leggi di diritto privato) si distinguono in due ordini: fonti *immediati* e *mediati*. I primi comprendono gli istituti nei quali la legge esiste, e per i quali ha forza obbligatoria; i secondi comprendono i fonti che per sè non avrebbero questa forza, ma in tanto l'hanno in quanto i primi vi fanno espressamente richiamo, e quelli, ai quali, sebbene la legge propriamente detta non si riferisca, è d'uopo rimontare per avere il giusto valore di essa. Questi ultimi avrebbero forza di obbligare, perchè la trarrebbero dalla *interpretazione* della legge alla cui retta conoscenza conferiscono, ma non l'hanno per sè, o per autorizzazione esplicita; quindi meglio che fonti del diritto, sono fonti dell'interpretazione di esso.

Ai fonti immediati appartiene la *legge propriamente detta;* nei mediati si contengono: *a*) la *consuetudine; b*) i *principii generali del diritto; c*) l'*equità.*

§ 6. — *Fonti immediati del diritto. La legge.*

Savigny, §§ 13, 17, 23; Vangerow, §§ 12, 13; Winscheid, § 14; Dernburg, I, § 25; Unger, §§ 2, 3; Förster, I, § 9; Siebenhaar, § 3; Huber, § 6; Beseler, *Syst. d. deutsc. privatrechts* (1885), §§ 18, 19; Swet, *A dictionnary of english law*, v. *law;* Bouvier, *A law dictionnary adapted to the constit. a. laws of the Unit. States of America*, v. *law;* Herrero, *Cod. civ. espanol*, p. 1 e seg.; Aubry et Rau, §§ 5, 26; Bianchi, I, p. 38-51.

Stat. fond. del Regno, a. 3, 10, 55; LL. 23 giugno 1854, 21 aprile 1861; C. civ. it., tit. prel. a. 1; cfr. Cod. c. fr., tit. prel., a. 1; C. c. austr., tit. prel., § 2, 3; C. c. neerland., tit. prel., a. 1, 2; C. c. della Rep. Arg., tit. prel., a. 2; C. c. mess., a. 2-4; C. c. dell'Urug., a. 2; C. c. del Guatem., a. 1; C. c. del Chilì, a. 1, 6-8.

La legge intesa come volontà generale degli associati (*generale iussum populi*) comprende tanto le norme specificatamente stabilite dal popolo che se le dà, sia in modo diretto colla partecipazione dei singoli, sia in modo indiretto colla potestà attribuita a un determinato corpo, quanto quelle che senza essere deliberate di proposito e formalmente accettate, sono dalla generalità degli associati ricevute come obbligatorie, ed osservate. Le une costituiscono *la legge*

propriamente detta, le altre dànno la *consuetudine*, che ripete la sua efficacia dall'uso comune degli associati, dall'accoglimento costante di un dato modo di agire.

Il diritto civile italiano non ha altra fonte diretta, immediata all'infuori della *legge* propriamente detta, « norma obbligatoria (v. § 1) derivante dalla volontà generale degli associati, manifestata dal potere che per la costituzione politica ne ha il diritto ». Nella esistenza della legge si distinguono tre momenti: *a*) la *formazione*, *b*) la *promulgazione*, *c*) la *pubblicazione*.

a) La formazione della legge consta dell'accettazione di essa da parte delle autorità concorrenti a costituire il potere legislativo: le due Camere (C. dei Senatori, C. dei Deputati) ed il Re: le Camere conoscono delle proposte di legge fatte dai loro membri o presentate dai Ministri: ed i lavori preliminari alla discussione, la discussione e la deliberazione, hanno luogo secondo le forme stabilite dalla legge fondamentale, e dai regolamenti dei due Corpi deliberanti. Il Re completa la legge approvandola, e questa sua volontà risulta dalla *sanzione;* qualora negasse il suo assenso (*veto*) la legge non esisterebbe.

b) La legge così deliberata abbisogna, per essere *eseguibile*, degli altri due atti, il cui compimento entra perciò nelle funzioni del potere esecutivo; con la *promulgazione*, il capo di questo potere rende noto che il potere legislativo ha formata la legge, ed in base al carattere che essa ha (obbligatorietà) impone di osservarla e farla osservare; e mentre, come parte del potere legislativo, egli ha la libertà di giudizio che hanno le due Camere e come queste *delibera*, quale capo del potere esecutivo è *obbligato* alla promulgazione, che va fatta prima dell'apertura della sessione parlamentare immediatamente successiva a quella in cui la legge venne votata.

c) La legge sarebbe così formata ed eseguibile, e siccome forza obbligatoria le appartiene per natura sua, così potrebbe senz'altra formalità andare in vigore. Ciò non sarebbe giusto, specie considerando che la legge non è un prodotto diretto, immediato del popolo, e la sua formazione appartiene in principal modo ai suoi rappresentanti: onde il bisogno di portarla a conoscenza dei singoli, al che provvede la *pubblicazione*, la quale ha luogo con la inserzione sua nella raccolta ufficiale delle leggi e dei decreti, e coll'annuncio di

tale inserzione nella *Gazzetta ufficiale del Regno.* E siccome ciò non basterebbe per potersi presumere che della legge si abbia contezza, è stabilito un termine durante il quale decorre il periodo della pubblicazione, che comincia il giorno *dopo* quello in cui l'inserzione e l'annuncio hanno avuto luogo, e termina col quattordicesimo da tal data; talchè la legge diventa obbligatoria il quindicesimo giorno dalla pubblicazione cominciata colle due formalità prescritte. Spirato questo termine, la pubblicazione è regolare; perciò la presunzione assoluta che la legge sia conosciuta da chiunque è tenuto ad osservarla, onde la regola che l'errore di dritto non scusa; nè spirato che sia, gioverà opporre che la interruzione di comunicazioni fra un dato punto del territorio e gli altri, impedì che si avessero i fogli in cui la legge è pubblicata, se non qualche giorno prima del quindicesimo, o dopo, perchè il termine decorre non dalla data in cui i fogli sono ricevuti (pubblicazione successiva) in ciaschedun punto, ma da quello dell'inserzione della legge (pubblicazione *istantanea*); vi ha un modo unico di pubblicazione, che ha luogo nel medesimo tempo in tutto il territorio nazionale.

Compiuta la pubblicazione col decorso del termine, la legge è obbligatoria *nel Regno;* ciò non significa che un cittadino residente all'estero possa allegare la non conoscenza della modificazione avvenuta pendente la di lui lontananza: perchè la disposizione ricordata accenna solo alla pubblicazione unica, istantanea, togliendo così le eccezioni ricevute nella legislazione precedente (L. 23 g. 1854, a. 4), e non a distinguere per l'atto ch'ebbe luogo all' estero. Il termine che completa la pubblicazione non è dunque indetto affinchè *effettivamente* ogni cittadino possa togliere contezza della legge, ma per avvalorare la presunzione che a pubblicazione finita, questa contezza si abbia.

I termini stabiliti per la promulgazione e la pubblicazione ed il modo col quale quest'ultima deve aver luogo, possono aver cangiamento, quando la legge da promulgare o da pubblicare provveda in materia: il legislatore è giudice della opportunità del provvedimento. La gravità della legge può del pari suggerire un modo diverso di pubblicazione, che meglio ne procuri la conoscenza ai governati.

Il potere legislativo può, per la sovranità che gli è propria, de-

legare all'esecutivo le sue funzioni, e in tal caso, la legge esiste senza il di lui concorso diretto: la delega è *generale* quando al potere esecutivo siano accordati i pieni poteri, *speciale* quando sia conferita per un oggetto apposito. L'azione così delegata, è limitata nel primo caso dal termine per il quale il conferimento ha luogo, e nel secondo dall'oggetto stesso: in quest'ultimo, i termini coi quali la delega è concepita, indicano se essa sia esaurita con un solo atto del potere delegato. L' atto compiuto in eccesso della delega non ha efficacia di legge.

§ 7. — *Legge in senso lato: decreti, regolamenti.*

La denominazione di *legge*, intesa latamente, conviene pure ai decreti, regolamenti, che in esecuzione della *legge* propriamente detta, il potere esecutivo può emanare. Queste norme così rese, in quanto non contengano alcunchè di contrario alla legge, sono obbligatorie: contrariandola, il potere esecutivo eccederebbe dai limiti impostigli. Anche le amministrazioni locali (*Provincie, Comuni*) hanno su determinate materie il diritto di provvedere con regolamenti che sono obbligatori entro la rispettiva circoscrizione territoriale; i limiti della concessione indicano sin dove il potere regolamentare sia esercitato legittimamente.

Decidere se il regolamento sia contrario alla legge, è còmpito dell'autorità giudiziaria, la quale può, quando cotesto vizio si avveri, dichiararlo incostituzionale, e perciò non obbligatorio. Anche trattandosi di legge propriamente detta, il potere giudiziario in caso di delega fatta dal legislativo all'esecutivo, ha facoltà di conoscere se l'azione del potere esecutivo siasi contenuta giustamente entro i confini segnati dalla delega, e pronunciarne in caso diverso la incostituzionalità; come pure non solamente ha diritto di accertare se alla sua formazione abbiano concorso i componenti il potere legislativo, ma se questa formazione sia proceduta secondo le norme sancite dalla legge fondamentale.

I difetti nella promulgazione e nella pubblicazione della legge cadono pure nella competenza dell'autorità giudiziaria, che non trovando validamente eseguite queste due forme, può pronunciare la non obbligatorietà della norma cui si riferiscono.

§ 8. — *Del Codice civile.*

Il diritto civile ha la sua fonte principale nel *codice civile*, che è raccolta sistematica delle leggi riferentisi ai diversi istituti che rientrano nella sfera del diritto privato *comune;* la vasta materia è classificata secondo i varii oggetti. Che poi la partizione adottata nel codice risponda con esattezza ad una costruzione scientifica, è questione che non influisce sulla sua bontà assoluta.

La codificazione ha il vantaggio di presentare unite le norme tutte relative ad una data parte del diritto, e perciò, oltre la certezza della legge, dà modo di vedere come sia applicabile uno stesso principio ad istituti diversi, cosa che se è possibile col sistema delle leggi isolate, è tuttavia meno facile. Del resto, siccome il codice è sempre una legge, e questa deve cangiare col mutare dell'ambiente sociale, così quando una data norma più non risponda ai bisogni sociali, è d'uopo cangiarla, studiando come la mutazione debba stare in armonia con le altre parti.

Oltre il codice sono fonte del diritto civile anche leggi speciali, riguardino direttamente, o solo incidentalmente un rapporto di diritto privato. Quando fra il Codice e la legge speciale sorgesse conflitto, è norma che la speciale debba prevalere, perchè la particolarità sua ne fa un'eccezione.

§ 9. *Fonti mediati del diritto civile.* a) *Consuetudine.*

Savigny, §§ 18, 25, 27, 30; Vangerow, §§ 14, 17; Windscheid, §§ 15, 18; Dernburg, I, §§ 26-28; Hölder, §§ 6-7; Unger, § 5; Förster, I, § 16; Siebenhaar, § 20; Stobbe, §§ 21, 23; Aubry et Rau, § 23; Bianchi, I, l. cit.

C. civ. it., arg. 5; C. c. austr., § 10; C. c. sass., § 28; C. c. neerl., a. 3; C. c. port., a. 10; C. c. della Rep. Arg., a. 17; C. c. messic., a. 9; C. c. dell'Urug., a. 9; C. c. del Guatem., a. 6; C. c. del Chilì, a. 2.

Consuetudine (diritto consuetudinario) è norma *consueta* di agire, e la sua forza obbligatoria risiede nel fatto dell'*esercizio* costante, continuato (*consueto*) di essa. È questo il solo elemento da ricercare, indipendentemente da qualunque indagine sulla convinzione che della sua necessità si abbia nell'osservarla; chi si governa con la consue-

tudine non è tenuto a conoscerne giuridicamente la bontà, e d'altronde il serbarsi immutato dell'uso, ne testimonia la necessità. Per ciò è volontà *generale* che si manifesta col *fatto:* perciò obbliga.

Nel diritto civile italiano la consuetudine non ha forza obbligatoria per sè, dacchè la *legge* sia emanazione della volontà generale manifestata per mezzo degli organi designati dallo statuto fondamentale. Quindi essa non deroga alla legge se le è contraria, e se talvolta obbliga, è la legge che l'ordina espressamente (*C.* ***1124, 1599***, etc.); in questo caso forma *parte* della legge propriamente detta.

b) *Principii generali di diritto.*

UNGER, § 10.
C. c. it., a. 3; C. c. austr., § 7; C. c. port., a. 16; C. c. del Chilì, a. 24.

I principii generali del diritto hanno forza di obbligare quando la legge (*C.*, disp. g. 3) lo concede; interessa alla società che le controversie portate innanzi al giudice abbiano soluzione, e perchè il silenzio della legge non sia motivo a non renderla, così il magistrato può richiamarsi ad essi. La sua libertà è legata a due condizioni: *a*) che la controversia non si possa decidere con una precisa disposizione di legge; *b*) che non si possa ricorrere a disposizioni regolanti casi simili o materie analoghe, o pure potendosi, il caso rimanga sempre dubbio.

Questi principii *generali* sono dati dalla filosofia del diritto, ma hanno vigore in quanto il codice nulla contenga di contrario ad essi. Si noti che il giudice il quale deve osservare e guarantire la osservanza della legge, non può allontanarsene, sotto il pretesto della dubbiezza del caso.

c) *Equità.*

SAVIGNY, cap. 3 e 4; WINDSCHEID, § 28; DERNBURG, *Pandekten*, I, § 34; HÖLDER, § 14.
VOIGT, *Das ius natur., aeq„ bon., et j. gent. d. Roem.*, vol. I; SCIALOIA, *Il dir. posit. e l'equità.*

A differenza dei principii generali del diritto, che costituiscono una nozione oggettiva indipendente da qualunque criterio fondamentale sia esclusivamente proprio al Magistrato che li applica, la equità

(eq. *naturale*, *C. 463*) è prodotto di un concetto soggettivo sul modo più giusto (*equo*) col quale regolare un determinato rapporto. Certamente, i principii generali del diritto possono soccorrere alla formazione del giudizio sull'equo, ma l'apprezzamento di tutte le circostanze particolari del caso (che debbono guidare nel risolvere la questione), è prodotto diretto del naturale sentimento della giustizia, della moralità, che è tutto personale, soggettivo.

L'equità è fonte di diritto in base al richiamo che la legge ne fa specificatamente (*C. 463, 1124*, ecc.); ond'è che il giudice non può ricorrervi se non quando questa speciale autorizzazione esista, e perchè il suo ministero è la retta applicazione della legge, il ritenerla contraria all'equità non gli dà potere di non seguirla. Egli non può decidere della bontà o convenienza della legge.

La diversa entità dei « principii generali del diritto » e dell'« equità » conduce a conseguenze distinte: la violazione degli uni è questione di diritto, ma non così la pretesa violazione della seconda, derivando essa da un apprezzamento di fatto, tutto personale al magistrato decidente.

§ 10. — *Interpretazione della legge.*

Savigny, §§ 32-41; Vangerow, §§ 22-25; Windscheid, §§ 20-25; Brinz, §§ 28-30; Arndts-Serafini, §§ 34-38; Dernburg, *Pand.*, I, §§ 34-38; *Preuss. Privatr.*, I, §§ 9-10; Hölder, § 8; Unger, § 16; Förster, § 12; Siebenhaar, §§ 18-19; Iose Dias Ferreira. *Cod. civ. portug.*, in art. 11, 16; Aubry et Rau, §§ 38-41; Laurent, *Principes de dr. civil fr.*, I, n. 268 e seg.; Bianchi, I, p. 320-325.

Kohler, *Interpretation v. Gesetze* in *Zeitschr. v. Grünhut*, XIII, 14.

C. civ. it., n. 3; C. c. austr., § 6; C. c. sass., § 3, 21-27; C. port., a. 11, 16; C. della Rep. Arg., a. 15; C. c. dell'Urug., a. 13-20; C. c. mess., a. 10; C. c. del Chilì, a. 19-24.

La legge deve essere chiarita, perchè apparisca esattamente quanto il legislatore ha voluto, nè importa distinguere fra legge il cui dettato lasci dubbio, e legge formulata con precisione, perchè anche quando la locuzione ne esprima il pensiero, lo spirito, la ricerca sul principio generale cui si connette, lo studio sulla estensione maggiore o minore che convien dare al linguaggio adoperato, sono indagini per cui ne è reso con tutta giustezza il valore. Ed « il

complesso delle ricerche atte a porre esattamente il significato della legge » costituisce la *interpretazione.*

Cotesto significato ch'è il contenuto, lo spirito della legge, devesi studiare nelle cause che direttamente la motivarono (e come tali influirono sul legislatore che la ordinò), e non solo nello scopo che con essa si volle raggiungere, cosicchè coll'ampliarsi di questo debba l'interprete estendere la legge, modificandola per adattarla alle esigenze cangiate. La considerazione dello scopo che si ebbe in mira influirà per intendere rettamente la legge, ma soltanto nei limiti in cui venne compreso dal legislatore; altrimenti l'interprete muterebbe la legge.

L'interpretazione si distingue a seconda delle persone da cui parte, e dal modo col quale si effettua. Nell'un caso si ha una interpretazione che si distingue in *pubblica* e *privata* o *dottrinale,* secondochè è resa da chi ha potere di darla, ed è obbligatoria, oppure da chi, sebbene vi attenda per pubblico ufficio, ne fa oggetto di ricerca scientifica, nè la interpretazione così proposta ha forza di obbligare. La pubblica si distingue poi in *legislativa* e *giudiziale* quando sia data dallo stesso legislatore, o dal magistrato nell'applicare la legge, e la differenza sta in ciò, che l'una è *legge,* e perciò obbligatoria per tutti, l'altra è obbligatoria fra le sole parti rispetto alle quali venne pronunciata; il *legislatore* ed il *magistrato* hanno soli il potere di interpretare obbligatoriamente la legge, in base alla missione che hanno: il primo come fa la legge così ha il diritto di chiarirla; il secondo dovendo decidere la controversia in base alla legge, deve dichiararne il contenuto. Se la legge interpretativa contenesse altre norme da quelle contenute nella interpretata, il magistrato potrà esaminare sin dove la legge è interpretativa e quando è nuova, salvo che il legislatore non avesse espressamente dato il carattere di interpretativa alla legge intiera.

Quanto al modo col quale l'interpretazione ha luogo, essa è *grammaticale* o *logica.* Quella risulta dalle indagini sul significato delle parole adoperate, questa dalle ricerche sulla volontà del legislatore; ora l'adozione esclusiva dell'una o dell'altra non può condurre a risultati soddisfacenti, perchè la grammaticale vuole il sussidio della logica onde affermare esattamente il contenuto delle parole spiegate, e la logica può trovare un sostegno nella grammaticale (*C.* disp.

pr. *5*). Tuttavia la interpretazione, ove si badi alla entità ed allo scopo suo, è logica di regola, perchè la chiarezza delle parole non impedisce che, consigliandolo lo spirito, il contenuto sia più esteso o più ristretto di quanto esse concedano; quando la legge è chiara la interpretazione non è necessaria, ma la chiarezza non deve essere limitata alla semplice locuzione.

L'interpretazione logica è data anzitutto dalla storia della disposizione a chiarire. Questa va considerata come lo stato attuale dell'evoluzione compiuta dal principio giuridico che la informa, e le legislazioni anteriori sono i punti del graduale svolgimento suo; perciò il diritto romano, lo statutario, il canonico, il codice francese e gli altri imperanti nella penisola anteriormente all'attuale, dànno materia ampia e sicura di interpretazione della legge civile odierna: come pure la dànno gli scritti dei giureconsulti delle epoche cui questi diritti si riferiscono e le sentenze dei magistrati, giacchè una disposizione del diritto posteriore, è spesso la interpretazione dottrinale o giudiziale data in ordine ad altra norma sancita del diritto antecedente. I motivi che indussero il legislatore a modificare quest'ultimo, od a completarlo, indicano qual sia lo scopo della legge, il quale è così fonte d'interpretazione non in sè, ma in quanto il legislatore lo comprese; ed i lavori preparatorii, le relazioni, le discussioni; la stessa relazione del Ministro nel presentare il progetto di legge alla sanzione sovrana, e la letteratura giuridica sul tema, dànno ampi materiali per siffatte indagini. Finalmente è di grande giovamento il risalire da un complesso di disposizioni, ad un sistema generale che dimostri nel rapporto fra le diverse parti della legge, il pensiero del legislatore, il suo criterio nel formarla.

Data la unità della interpretazione (int. *logica*), dacchè la grammaticale non abbia effetto per se sola (*C.* d. prel. *3*) e la logica sia prevalente, il solo effetto è di porgere con precisione il senso della legge, senza estenderlo o restringerlo. Dimostrato che il contenuto va oltre il limite dato dalla locuzione, non si estende la legge, ma si chiarisce quel che è realmente; così pure se il contenuto non va oltre quanto dalla sola locuzione apparisce. Tuttavia, badando al rapporto fra la locuzione e lo spirito, secondochè le ricerche su quest'ultimo dimostrino che la locuzione non gli è limite, o ch'esso limita la locuzione, parrebbe *esteso* oppure *ristretto* il senso delle

parole adoperate: perciò la distinzione fra interpretazione *estensiva* e *restrittiva;* vocaboli che non si adattano al *contenuto* della legge, ma alle parole con le quali è espressa.

Che se lo spirito della legge fosse in armonia colle parole, od avesse maggiore estensione di quel che da essa appare, il magistrato non può dare alla legge un contenuto minore sotto il pretesto della equità: questa può essere apprezzata solo del legislatore, a meno che egli non ne abbia espressamente conferito il potere al giudice.

L'interpretazione logica quando ricerca la ragione della norma giuridica, non solo chiarisce la legge com'è, ma ne supplisce le omissioni; toglie allora il nome speciale di *int.* per *analogia.*

§ 11. — *Interpretazione per analogia.*

La indagine sullo spirito della legge, ed il risalire a principii direttivi, che nell'armonia del sistema presentino l'organismo del lavoro legislativo, provvedono di norma i casi per i quali manchi una precisa disposizione di legge (*C.* disp. prel. *3*); formulato il principio, esso domina qualunque ipotesi abbia tali condizioni da esserle applicabile, abbia cioè entità *analoga* al caso cui il legislatore ha provveduto. La interpretazione per analogia è forma d'interpretazione *logica*, e perchè estende la legge oltre la locuzione adoperata, abbia essa tratto allo spirito di una disposizione speciale (anal. *di legge*) o dell'insieme di disposizioni (anal. *di diritto*), il toccare un caso *non contemplato* le dà valore di *supplemento* alla legge.

Le disposizioni di diritto speciale o singolare includono una eccezione al diritto comune, onde il divieto di estenderle per analogia. L'argomentazione *a contrario* dinota la impossibilità d'interpretare per analogia, ma perchè abbia efficacia va fondata non sulla sola locuzione della legge, ma sullo spirito di essa, esaminando se il legislatore avesse in mente di provvedere per il *solo* caso contemplato, escludendone altri analoghi.

§ 12. — *Effetti dell' interpretazione logica sulla lettera della legge.*

Accertata la ragione della legge, l'esaminare se la locuzione vi corrisponda esattamente, conduce alla *critica* del testo. Non che si discuta della sua autenticità, perchè la inserzione del testo ufficiale fatta per la pubblicazione non può lasciar dubbio in proposito, ma si studia sulla bontà della redazione; quando la locuzione della legge precedente conservata nella nuova non corrispondesse allo spirito mutato, o la mutazione fatta vi corrispondesse solo in parte, o la ragione della legge fosse identica e venisse cangiata la locuzione in modo da generare dei dubbi sulla sua estensione, l'essere la legge interpretata logicamente conduce alla *correzione* del testo, nel senso che le parole adoperate vanno intese nel significato affermato dalla critica.

Se la interpretazione non desse risultati sicuri, è da preferire quello che è dato dalla storia, o che è in armonia maggiore con le altre disposizioni, od infine quello dal quale resti meno limitata la libertà individuale. La legge si presenta come moderatrice di essa, onde se la limitazione non è certa, la causa della libertà deve sempre prevalere.

§ 13. — *Di altre fonti di interpretazione.*

Nella interpretazione della legge ha gran parte l'autorità della giurisprudenza « decisione costante resa dai Tribunali su un dato punto di diritto ». La conformità dei responsi giudiziarii ha influenza, perchè resi dal corpo cui appartiene chiarire ed applicare la legge, specie quando vengono dati dalla Corte suprema di cassazione istituita per dare uniformità alla giurisprudenza; tuttavia essa non basta per fissare in modo indiscutibile il senso della legge: la critica scientifica indaga il motivo della disposizione, e fissa per ciò stesso il valore della interpretazione giudiziale. Questa quando parte della Corte suprema ha gran peso rispetto ai Tribunali inferiori; ma nella scuola, se ha grande importanza per l' autorità

da cui emana, vàle solo come materiale per lo studio del diritto scientificamente condotto.

§ 14. — *Efficacia della legge.*

Savigny, § 16; Windscheid, § 30; Brinz, § 20; Hölder, § 12; Beseler, § 2; Unger, § 9; Laurent, I, n. 30 e segg.

La legge, quale funzione del potere sociale, *obbliga* non appena spirato il termine della pubblicazione, e manifesta la sua forza *comandando* di fare o *vietando* che si faccia, e la sanzione, sia *espressa* o *tacita*, è sua conseguenza essenziale; perciò le leggi dette *proibitive* od *imperative*, sono semplicemente un modo di essere del medesimo concetto (*forza obbligatoria*).

Non sempre la legge ha questa forza per sè, come pura espressione della volontà comune dichiarata da determinati organi, ma l'acquista solo mediante l'assenso (*espresso* o *tacito*) delle persone che compiono l'atto, alle quali è perciò concesso il diritto di regolarsi diversamente. Si hanno quindi disposizioni di *ordine*, di *interesse generale* (pubblico) e d'*interesse particolare* (privato); il titolo di *legge*, nel senso esatto della parola, conviene solo alle prime (diritto *assoluto*) perchè è all'interesse della collettività che la legge deve la sua esistenza, e ad esse si riferisce la forza di obbligare che le sottrae all'arbitrio dei singoli; le leggi di ordine pubblico, sebbene in *tema d'interesse particolare*, non cessano perciò d'essere di *interesse generale*. Le altre disposizioni valgono solo quando gli interessati non abbiano dichiarato una volontà contraria, presumendosi che abbiano inteso seguire le norme date dalla legge; cosicchè, se i contraenti si riferissero espressamente a quelle stabilite dalla legge nuova mentre questa è ancora in pubblicazione, esse varranno in virtù del consenso manifestato, e non perchè obblighino, o perchè la volontà dei particolari dia alla legge forza di obbligare prima che spiri il termine della pubblicazione. Tuttavia, l'espressione lata di *legge* (norma *data* dal potere legislativo) conviensi ad entrambe.

Cotesta distinzione ha grande importanza nel risolvere le difficoltà relative al conflitto in cui la legge può trovarsi con *a*) la contraria volontà particolare; *b*) con la legge contraria anteriore; *c*) con altra legge contraria imperante su territorio diverso.

§ 15. — a) *Conflitto con la contraria volontà particolare. Nullità.*

SAVIGNY, §§ 202, 213; WINDSCHEID, §§ 70, 82-83; VANGEROW, §§ 100-101; FÖRSTER, I, § 41; UNGER, §§ 91-92; AUBRY et RAU, § 37; LAURENT, I, n. 69 e segg. SOLON, *Th. d. la nullité d. conv. et d. act.*, etc.
C. della Rep. Arg., a. 18; C. c. del Chilì, a. 10; C. c., t. p., a. 12; C. fr., d. p., a. 6; C. neerl., d. g., a. 14.

La forza obbligatoria della legge determina necessariamente la non validità degli atti che fossero costituiti contro le sue disposizioni; se tale sanzione non fosse inerente alla legge, mancherebbe il concetto di obbligatorietà. Onde, *nullità* è « non validità di volere manifestata contrariamente alla *legge* », e qui *legge* vale in senso stretto, norma cioè che obblighi indipendentemente del tacito consenso degli interessati.

L'esistenza della nullità non va semplicemente dedotta dalla parola della legge la quale *proibisca* (*l. proibitiva, C.* d., prel. *12*) un dato atto, ma dall'esame sul di lei significato: non la sola interpretazione grammaticale, ma la logica in modo prevalente indicherà quando, accertato lo spirito della legge, la opposta volontà particolare debba tenersi come non manifestata. Con eguale criterio va accertata la estensione della nullità: le indagini sullo spirito della legge chiariscono *a*) l'entità del concetto cui la norma obbligatoria si informa; *b*) la parte che nella costituzione di un negozio questa norma può avere; al quale ultimo ordine di ricerche si rannodano gli *effetti* della nullità, la *inesistenza* cioè, e l'*annullabilità* dell'atto. Se la *essenza* all'atto è data giuridicamente da quella norma violata dalla volontà particolare, l'atto, mancando dei requisiti voluti per esistere, si riterrà come non fatto; se invece questi requisiti esistono in apparenza, ma vi ha vizio che ne infirma qualcuno, l'atto esisterà sino a quando chi vi ha diritto, non ne chiegga la nullità. Dal criterio speciale a ciascheduna di queste due forme di nullità, deriva che, mentre l'annullabilità può essere sanata col decorso del tempo (*C. 1300*) o colla rinuncia ad opporla, o colla conferma (*C. 1309*), la inesistenza non può esserlo, perchè indarno si vuol sanare quel che non esiste, che non è mai esistito (v. il § 54).

L'azione con la quale si fa valere l'annullabilità di un atto toglie

pure il nome *rescissione* (v. il § 51). Sebbene gli effetti, quanto all'atto *in sè*, non differiscano, è poi a distinguere dell'*annullabilità* la *risoluzione* e *revoca* di un atto, per le quali un atto può venir posto nel nulla, non perchè la sua entità sia contraria alla legge, o uno dei suoi requisiti sia viziato, ma per l'avvenimento di un fatto che toglie valore all'atto come se mai fosse esistito, o che lo revoca.

La nullità si distingue:

a) secondo la dichiarazione che ne esiste nella legge, in *testuale* (espressa) e *virtuale* (tacita); l'una è ordinata esplicitamente, la seconda risulta dallo spirito della legge, chiarita specialmente colla interpretazione logica;

b) secondo la persona che può farla valere, in n. *assoluta* e n. *relativa;* la prima può essere intentata da chiunque abbia tolto parte all'atto; la seconda solo dalla persona nel cui interesse è stabilita. La legge talvolta ha cura di designare la persona cui è dato il diritto di instare per la nullità; ma quando non l'avesse fatto, la interpretazione soccorre al suo silenzio, indagando il motivo dal quale la legge è partita nell'ordinarla. Sta in ogni caso il principio generale, che le private disposizioni e convenzioni non potranno derogare alle leggi proibitive concernenti le persone, i beni o gli atti, nè alle leggi riguardanti l'ordine pubblico ed il buon costume (*C.* d., pr. *12*); ossia che la nullità concerne le leggi, che inspirate ad un criterio di ordine pubblico non ammettono deroga, e questo loro carattere sarà rilevato dalla giusta interpretazione (§ 10).

§ 16. — *Conflitto con la legge contraria anteriore. Retroattività.*

SAVIGNY, § 383 e segg.; WINDSCHEID, §§ 31-33; DERNBURG, *Pand.*, I, §§ 43, 44; BRINZ, §§ 21, 23; HÖLDER, § 16; STOBBE, §§ 27, 28; UNGER, §§ 20, 21; FÖRSTER, I, § 10; SIEBENHAAR, § 15; HUBER, § 7; AUBRY et RAU, § 30; LAURENT, I, nn. 141 e segg.; BIANCHI, I, p. 75 e segg.

GABBA, *Teoria della retroattive delle leggi* (1886); WADE, *A treatise on the oper., a. constr. of retroactive laws* (S. Louis, 1880); LASSALLE, *Syst. d. erworb., Rechte* (2ª ed.).

C. civ. it., d. g., a. 2; C. c. fr., a. 2; C. c. austr., a. 5; C. c. sass., § 2; C. c. neerl., a. 4; C. c. port., a. 8; C. c. della Rep. Arg., a. 3, 4; C. c. messic., a. 5; C. c. dell'Ur., a. 7; C. c. del Guatem., a. 2; C. c. del Chilì, a. 9.

Sorge nella legislazione conflitto in ordine *al tempo*, quando una

legge nuova introduca, o modifichi, o sopprima una norma contenuta nella legge anteriore, perchè, stante la forza obbligatoria passata nella nuova disposizione, sorge dubbio se debba essere applicata senza distinzione del tempo in cui sono sorti i negozii cui si riferisce. Combinando il principio del rispetto alla *volontà*, che operando conforme alla legge ha posto in essere un negozio giuridico, con l'altro che la legge nuova nel succedere all'antica, non la sopprime, quasi le si *sostituisca*, ma impera dal momento in cui quella cessa di aver vigore, si viene a stabilire come criterio direttivo che « la legge nuova *dall'istante nel quale ha forza obbligatoria*, governa tutti gli atti cui hanno tratto le sue disposizioni; e perciò non può regolare, nella loro essenza, quelli che fossero giuridicamente sorti sotto la legge anteriore, perchè compiuti quando a questa spettava la forza di obbligare ». L'impero della nuova legge non toglie che quella cui succede abbia pure imperato, sinchè non è stata tolta o modificata.

Tale rispetto per gli atti anteriormente posti, non vale dunque come eccezione o regola a sè; è conseguenza netta dei principii sulla esistenza della legge, sulla sua forza obbligatoria. Se, in generale, *la legge regola gli atti compiuti sotto il suo impero*, la legge antica governerà quelli che ebbero nascita quando era tale, e la nuova reggerà quelli che sono sorti e che sorgeranno finchè conservi vigore; la legge non può estendere il suo impero oltre il tempo in cui ha avuto esistenza.

La prima ricerca a fare per risolvere il conflitto, deve essere volta ad accertare se *l'atto sia giuridicamente compiuto* sotto una legge anteriore; a questa le parti vollero riferirsi, alle sue norme intesero nel misurare le conseguenze del negozio posto in essere. La seconda è, osservare se la legge nuova tocchi o no la *essenza* dell'atto: quando la modifichi, le sue disposizioni non varranno perchè la *entità giuridica* dell'atto è data dalla legge esistente al suo nascere: se non ne tocca la essenza, ma toglie qualcosa, non obbliga perchè le parti nel loro silenzio intesero riportarsi alle disposizioni della legge vigente: o aggiunge, ed allora le sue disposizioni in proposito potranno essere invocate, qualora non sieno in modo alcuno contrarie al come le parti regolarono l'atto.

Nella *essenza* dell'atto si comprendono tutti gli estremi concer-

nenti la sua giuridica esistenza, e tutte le conseguenze che ne derivano. Se la legge nuova estendesse i diritti di una delle parti, menomerebbe con ciò il diritto dell'altra sorto sotto la legge anteriore, e modificherebbe così la essenza di un atto già esistente quando essa entrò in vigore.

Il legislatore può regolare con le norme (*l. transitoria*) che gli parranno più opportune, il passaggio dall'uno all'altro stadio di legislazione, e solo in mancanza di esse, il principio ora stabilito varrà a risolvere il conflitto fra la legge antica e la nuova. Certo, vi è qualche punto in cui la soluzione rigidamente conforme alla regola data parrà non equa (p. e. prescrizione in corso); ed è questa durezza che dimostra il bisogno delle leggi transitorie, sebbene queste si debbano poi informare, di regola, al criterio del rispetto per gli *atti sorti sotto la legge anteriore.*

Applicando il principio al diritto delle persone, si ha che qualora la legge stabilisse per l'età minore un termine superiore a quello fissato dalla legge anteriore, essa obbligherà quelli tuttora minori quando divenne obbligatoria, non quelli che avessero già toccato la età maggiore secondo la legge precedente, tuttochè non abbiano la età prescritta dalla nuova per essere maggiorenni; applicandola ai contratti, si ha che vanno regolati dalla legge sotto la quale vennero costituiti, e perciò se le parti derogarono ad una disposizione non considerata allora d'ordine pubblico, il fatto vale, sebbene ne sia chiesta la esecuzione sotto una legge che ritenga quella disposizione non derogabile; i mezzi di prova saranno pure regolati dalla legge del tempo in cui il contratto è sorto, essendo una parte intima del diritto di obbligazione; la forma sarà pure retta da cotesta legge. Applicandola agli atti di ultima volontà, la *forma* sarà regolata dalla legge del tempo dell'atto, ma non la sostanza della disposizione se la successione è aperta imperando una legge diversa; perchè, mentre la *forma* è la parte che è sorta, che è compiuta sotto l'impero della legge antica, non è così la *sostanza*, dacchè il *diritto* successorio sorge quando la successione sia aperta; e quest'ultimo tempo indica pure la legge cui si deve aver riguardo in materia di successione legittima. Applicandola alla prescrizione, se la legge richiedesse un tempo maggiore di quello voluto dall'antecedente, essa non infirmerà le prescrizioni compiute, avendosi un

diritto sorto sotto la legge anteriore, ma si applicherà alle prescrizioni in corso: così pure se richiedesse un termine minore.

§ 17. — *Eccezioni.*

Il legislatore, qualora gravi motivi lo suggeriscano, può *espressamente* dare alla legge forza obbligatoria anche per gli atti sorti prima che le fosse data esistenza. Questa « volontà espressa del legislatore » è la sola eccezione al principio « la legge non è retroattiva, e provvede solo per l'avvenire »; e può aversi sotto diversi aspetti:

a) retroattività *espressamente* voluta;

b) retroattività inerente al carattere della nuova legge in rapporto all'anteriore: se essa contenesse solo la interpretazione (legislativa) della legge precedente, non si avrebbe conflitto, e come legge *interpretativa* indicando il concetto che il legislatore ebbe nel formulare la legge interpretata, si applicherebbe anche agli atti compiuti prima della interpretazione legislativa. La legge nuova qui non succede all'antica: questa non perde vigore, ma la nuova si immedesima in lei. Tuttavia è fatta eccezione per la *cosa giudicata* e la *transazione*, attesa l'indole e lo scopo speciale loro;

c) retroattività inerente al carattere della nuova legge considerata in sè: quando scopo della nuova disposizione fosse non solo la *proibizione*, nella quale ipotesi la legge provvederebbe per l'avvenire, ma l'*abolizione* di certi istituti, essa va applicata anche a quelli che fossero sorti sotto l'impero della legge anteriore. L'abolizione ha tratto sì al futuro che al presente; possono giustificarla argomenti di ordine pubblico, ed include necessariamente la retroattività. Se fosse altrimenti, verrebbe meno lo scopo che con la legge si è mirato a raggiungere.

§ 18. — *c) Conflitto con la legge imperante in territorio diverso.*

SAVIGNY, § 348 e segg.; DERNBURG, *Pand.*, I, § 45 e segg.; HÖLDER, § 17; STOBBE, § 29 e segg.; UNGER, §§ 22, 23; FÖRSTER, § 11; SIEBENHAAR, § 16; HUBER, § 8; AUBRY et RAU, § 31; LAURENT, I, p. 73 e segg.; BIANCHI, I, p. 200 e segg.
WARTHON, *Conflict of Laws* (Filad. 1881); LAURENT, *Le dr. civ. international;* BAR, *Das int., Privat. und Strafr.;* STORY, *Conflict of Laws.*
C. civ. it., d. a. 6-12; C. civ. fr., a. 3.

La legge non può obbligare oltre i limiti del territorio cui si estende il dominio dello Stato onde essa emana; ma l'applicazione assoluta di questa regola male risponderebbe ai bisogni degli individui, che dalla legge traggono gli elementi della capacità giuridica. Ciò ha condotto necessariamente ad ammettere che se il diritto oggettivo attribuisce la capacità *giuridica* all'individuo, è impossibile separare questo della legge determinante la di lui personalità giuridica; un continuo sollevarsi di dubbi sulla entità di quest'ultima, quale si avrebbe se ogni Stato volesse imporre le proprie norme anche agli stranieri, danneggierebbe assai la civiltà ed il benessere generale. Non solo: che se poi, nelle relazioni fra loro, gli Stati si considerano quali persone che debbono godere di pari indipendenza e sovranità, il *diritto* di ciascheduno può essere invocato dai suoi cittadini anche in estero Stato, quando ciò non offenda l'ordine pubblico, l'interesse generale.

Sono graduale riconoscimento di siffatto principio, la teoria degli statuti (*personali, reali, misti*), della *reciprocità* (eguale trattamento guarentito in esteri Stati per i sudditi appartenenti a ciascheduno di essi, quanto al valersi della legge personale); della *cortesia internazionale,* della *coscienza generale del diritto,* del *principio di nazionalità* (dir. di ogni individuo appartenente a quel gruppo speciale, individuato da caratteri propri, che è la *nazione,* di invocare la legge *nazionale,* la quale adattata ai bisogni e condizioni speciali, meglio ne protegge la integrazione); il diritto positivo italiano ha le sue norme inspirate a questo principio, ma corrette in qualche parte dall'antica teoria degli statuti. Adottando cotesto criterio, si ha:

A) 1° La legge della nazione cui la persona appartiene, ne re-

gola lo *stato*, la *capacità* ed i *rapporti di famiglia* (stato personale; *C.* d. pr. *3*);

2° la legge nazionale regola le successioni legittime e testamentarie, sia quanto all'ordine di succedere, sia circa la misura dei diritti successorii, e la *intrinseca* validità delle disposizioni (*C.* d. p. *8*), qualunque sia la *natura* dei beni, ed in qualunque luogo si trovino; cioè per impedire che si abbiano *tante eredità quanti i territorii* in cui esistono gli immobili (v. *B.* 1).

La legge nazionale ha vigore *condizionatamente:*

α) rispetto ai *beni mobili*, il cui proprietario può invocarla *quando la legge del luogo ove si trovano non disponga diversamente* (*C.* d. p. *7*);

β) rispetto alla sostanza ed agli effetti delle obbligazioni quando 1° i contraenti stranieri appartengano alla stessa nazione; 2° non consti di una diversa volontà (*C.* d. p. *9.*);

γ) rispetto alla sostanza ed agli effetti delle donazioni e delle disposizioni di ultima volontà, *quando non consti una diversa volontà* (*C.* d. p. *9*);

δ) rispetto alla *forma* degli atti fra vivi e di ultima volontà, quando 1° essa legge sia comune a tutte le parti, 2° queste vogliano seguirla (*C.* d. p. *9*).

B) 1° La legge del *luogo* ove sono situati, regola i beni *immobili* (Statuto *reale*, *C.* *7*);

e condizionatamente:

α) regola i *mobili* quando abbia disposizioni contrarie a quelle della legge nazionale del proprietario (*A*α, *C.* d. p. *7*).

C) 1° La legge del *luogo ove l'atto è fatto*, regola le forme *estrinseche* degli atti fra vivi e di ultima volontà (*C.* d. p. *9*); a meno che non occorra la eccezione già notata (*A* δ);

2° La stessa legge del luogo ha vigore condizionatamente:

α) rispetto alle sostanze ed agli effetti delle obbligazioni (*Stat. misti C.* d. p. *9*) *quando non consti di una diversa volontà;* tranne poi la presunzione diversa per il caso di contraenti stranieri appartenenti alla stessa nazione (v. *A* γ).

§ 19. — *Eccezioni.*

L'impero della legge nazionale cessa quando la disposizione avesse qualcosa di lesivo *a*) *all'ordine pubblico*, e *b*) *alle leggi riguardanti il buon costume.* Il primo limite sta, perchè mancherebbe il concetto della sovranità dello Stato quando fosse permesso il richiamo ad una legge straniera contrario all'ordinamento ch'egli ha; e quando dalle leggi date nell'*interesse generale* si desumesse l'accettazione o la ripulsa di qualche concetto essenziale all' istituto che ne è governato; accogliere una legge straniera che disponesse diversamente sarebbe contrario al fondamento giuridico dell'istituto rispondente alle condizioni, ai bisogni speciali della nazione. In tal modo va intesa la limitazione detta dell'*ordine pubblico* (*C.* d. p. ***12***), che tolta alla lettera avrebbe tale estensione da rendere inefficace il diritto dato allo straniero di invocare la legge nazionale nei rapporti di famiglia (*C.* d. p. ***6***).

Il secondo limite è legittimo, perchè nel concepire il contenuto, la estensione dei principii della morale influisce di assai la diversa condizione di ciaschedun popolo. In vista di ciò, se vi ha certe disposizioni speciali, il cui fondamento è per l'appunto la guarentigia del buon costume, ve ne ha pure di generali in cui è posta in genere la nullità degli atti a questo contrarii (*C.* d. p. ***12***), lasciando in tutta balìa del giudice il decidere se e come cotesta opposizione si determini. Ond'è che tale limitazione ha carattere meno determinato della prima (ordine pubblico).

§ 20. — *Come la legge cessi di esistere.*

UNGER, § 15; AUBRY et RAU, § 29; BIANCHI, I, p. 326 e segg.
C. civ. it., d. g., a. 5; C. c. austr., § 9; C. c. neerl., a. 5; C. c. della Rep. Arg., a. 17; C. c. del Chilì, a. 52, 53.

La legge cessa di esistere quando il legislatore l'abbia ordinato, e cessa di *essere applicabile* quando, sebbene conservi esistenza, non si ha più l'oggetto per il quale venne emanata. Il primo caso si avvera quando il legislatore abbia con disposizioni posteriori tolto forza a tutta la legge anteriore (*abrogazione*) od a parte (*deroga-*

zione) di essa; volontà che può essere manifestata *espressamente* (abrog. o derog. *espressa*) o *tacitamente* (ab. o der. *tacita*), secondochè nella legge posteriore sia indicata la legge anteriore, o la parte di essa cui è tolto vigore, oppure la disposizione della legge posteriore mostri per la incompatibilità colla precedente, la volontà che questa sia cangiata. Quando la legge posteriore si riferisce solo all'abrogazione o derogazione espresse in termini generici, senza indicazione della legge o della parte cangiata (*ogni legge contraria è abrogata*), si ha sempre un'abrogazione o derogazione tacitamente fatta.

La volontà del legislatore pone così termine alla legge con atto *posteriore* ad essa; può ben darsi che *contemporaneamente* alla creazione della legge si determini il tempo per il quale varrà, ed allora collo spirare del termine la legge cessa d'esistere.

Il secondo caso (cessazione di applicabilità) non ha veruna influenza sulla *esistenza* della legge come tale; la mancanza dell'oggetto non vale a toglierle vigore. E neppure è da tanto la *consuetudine*, perchè questa non ha forza di legge (§ 9) tranne quando il legislatore siasi a lei espressamente riferito (§ 9).

CAPITOLO II.

Il diritto.

§ 21. — *Generalità.*

Savigny, §§ 52-59; Vangerow, § 113; Windscheid, §§ 13, 38-42; Brinz, §§ 17, 64-67; Arndts-Serafini, §§ 21-22; Dernburg, I, §§ 39, 40; Bekker, § 18; [...]nger, §§ 59-64.

Il diritto è *potestà di volere riconosciuta e tutelata dalla legge:* l'idea del diritto studiato in relazione al soggetto (diritto *soggettivo*) è data essenzialmente dal concorso del diritto oggettivo, la legge, inquantochè solo quella potestà di volere ch'essa tutela può dar validamente luogo a rapporti giuridici. Dove manchi tal guarentigia che si spiega coll'*azione* competente al soggetto del diritto, manca il diritto, e perciò intesa la legge quale « limitazione di libertà » il

diritto soggettivo potrebbe pur « valere libertà (facoltà) di agire ». Così, se la legge *riconosce* il diritto, pure il concetto di questo non esiste indipendentemente da essa, onde il principio « nessun diritto fuori della legge » (e la locuzione *diritto* adoperata per significare tanto la potestà di volere, quanto la *legge* che la guarentisce).

Questa influenza della legge sulla potestà di volere del soggetto, si verifica in due *modi: a*) od affermandola espressamente, oppure *b*) non vietando che si esplichi, e però si ha, che diritto soggettivo vale « potestà di volere (libertà di agire) in quanto la legge o l'afferma o non la vieta ». Se la legge è limitazione della libertà, se essa esprime con la *coazione* le conseguenze (che in pari tempo sono le condizioni) della mutua integrazione degli associati, è certo che dove limitazione non vi è, esiste il riconoscimento giuridico della volontà, della libertà loro.

L'influenza quanto all' oggetto su cui si esercita, ha poi tratto:

1° al *soggetto* del diritto, quando la legge determina (direttamente o indirettamente) le condizioni, perchè la *potestà di volontà* sia riconosciuta (*capacità giuridica*);

2° all'*oggetto* del diritto, quando statuisce su che tale potestà riconosciuta si possa esercitare legittimamente;

3° al *contenuto* del diritto, quando dichiara ciò che intorno all'oggetto si possa o no volere;

4° alla *guarentigia* (azione) che dà al diritto, concedendola espressamente o tacitamente: direttamente, con l'esercizio del diritto, oppure indirettamente col vietare che sia revocata una condizione di cose da cui esso risulta. Così nelle obbligazioni *naturali* non si concede azione per ottenerne l' adempimento, ma non è accordata l'azione di ripetizione di indebito contro il *pagamento* che ne fosse stato fatto volontariamente (*C. 1237*).

I quattro elementi anzidetti sono essenziali per l'esistenza del diritto (soggettivo); non vi ha diritto senza: 1° soggetto (v. il § 23), 2° oggetto, 3° contenuto, 4° guarentigia..

§ 22. — *Divisione dei diritti a seconda del loro contenuto, e del dovere che vi corrisponde.*

V. fonti cit. al § preced.

La legge guarentisce la potestà di volere (libertà di agire) nelle sue varie esplicazioni concernenti sia il soggetto stesso (*persona*, v. il § 23) come entità a sè, sia la cosa, sia le altre persone. In ordine alla prima forma di manifestazione, la legge non pone limiti che diminuiscano la potestà della persona su se stessa, sulla propria esistenza, perchè il potere della persona sulle cose, il diritto che può nascere in corrispondenza alla *obbligazione* assuntasi da un'altra persona, male si potrebbero intendere se la *persona* cui si riferiscono non avesse la piena signoria di sè; quel potere quel diritto sono la estensione del diritto che comincia dall'affermarsi nella persona sovra se medesima, e la guarentigia data colla responsabilità di chi ingiustamente offenda la esistenza fisica della persona è un altro aspetto di cotesto diritto. Così, il diritto *della personalità*, vale come d. sulla propria persona, ed è idea fondamentale dei diritti specializzati dalle varie relazioni della persona con le altre persone o con le cose.

Coteste *relazioni giuridiche*, risultino o no da un insieme di diritti caratterizzati poi da un diritto che tutte le comprende (p. e. diritto di patria potestà), in quanto determinano la condizione giuridica del soggetto rispetto ad un dato oggetto, tolgono il nome di *rapporto di diritto*. Il modo generalissimo di intenderle porge la divisione del diritto (soggettivo) a seconda del potere in esso contenuto:

I. *a*) quando abbiano luogo fra la persona e la cosa, cosicchè questa cada direttamente sotto il potere (volontà: libertà d'agire) di quella, si ha un diritto *reale;*

b) quando esistono invece fra la persona ed un'altra persona che (ha limitato la propria libertà) si è vincolata verso quella ad una determinata prestazione, si ha un diritto di *obbligazione*.

Queste due classi di diritti hanno coteste caratteristiche speciali: gli uni constano di due elementi, *persona* e *cosa:* una obbligazione che in ordine a siffatto rapporto possa nascere per un terzo (p. es. dell'averlo violato) non è termine necessario per la

loro essenza, cosicchè il suo nascere dà solo luogo all'*esercizio* del diritto. Gli altri invece risultano dai tre estremi seguenti: persona a cui favore è costituito il vincolo obbligatorio (*creditore* in senso lato), persona che si è obbligata (*debitore)*, e *prestazione* alla quale si è obbligata. Perciò, esaminando le due categorie di diritti nella relazione che negli uni e negli altri corre fra il *soggetto* del diritto e la cosa, si ha che mentre contenuto del diritto reale è il potere diretto ed immediato su di essa, talchè è esercibile contro chiunque la possegga, invece nel diritto di obbligazione il cui contenuto è la limitazione di libertà dell'obbligato, solo contro questo si ha diritto di agire, anche se oggetto della prestazione sia una *cosa*.

Tale la regola: delle eccezioni apparenti si potrebbero trarre rispetto ai diritti *reali*, dall'esservi casi in cui per la qualità della cosa, ed in vista del rapporto fra essa ed il possessore, cessa nel soggetto l'azione che li tutela (cose mobili per natura e titoli al portatore posseduti da un terzo in buona fede, *C. 707*); e rispetto ai diritti di obbligazione il potere talvolta il creditore esercitarli direttamente sulle cose cadute nella prestazione (obblig. di fare e di non fare: diritto del creditore di eseguirle, se è possibile, a spese del debitore. *C. 1220, 1221*). Eccezioni non vere: nell'un caso è il diritto reale stesso che è estinto; nell'altro si tratta solo di modo di ottenere, mediante l'assenso dell'autorità giudiziaria (*C. 1220, 1221*) la esecuzione di un obbligo al quale il debitore non abbia voluto adempiere, e però rimane integra la essenza del diritto di obbligazione.

Ciascheduna di queste categorie, od il concorso di entrambe possono costituire il *patrimonio*, nel quale, inteso quale universalità giuridica dei rapporti di diritto appartenenti al suo soggetto, entrano pure le *obbligazioni* corrispondenti al diritto che altri (creditore) ha verso questo soggetto. Perciò i diritti *reali* e i diritti di obbligazione tolgono nome di diritti *patrimoniali*, ed in quanto ognuno sebbene non costituisce un patrimonio come insieme di *rapporti*, ma concorre a costituirlo, è *parte di patrimonio*.

(c) Le relazioni delle persone vanno pure considerate sotto un altro aspetto che non sia il contenere una prestazione; ed è quello concernente la *conservazione* della specie nel suo doppio aspetto: (*a*) della perfetta convivenza tra l'uomo e la donna, e (*b*) della procrea-

zione, mantenimento ed educazione della prole. Il rapporto giuridico di *famiglia* (diritti di famiglia) dà perciò luogo nel *matrimonio*, che ne è la base, ai diritti e doveri rispettivi dei coniugi, e specialmente alla *potestà* che il marito, quale capo di famiglia, esercita (*C. 131*); e rispetto ai figli, alla *potestà* che il genitore ha su di essi.

Questo rapporto contiene pure diritti patrimoniali che per essergli speciali sono detti dir. patr. *famigliari*.

d) Un modo speciale di trasmettere il patrimonio come universalità, oppure una parte del patrimonio, dipendente dalla *morte* o dalla presunzione di morte del soggetto (pronuncia d'immissione nel possesso definitivo dei beni dell'assente, v. § 26), dà origine ad una categoria apposita di diritti compresi nel rapporto di *eredità* (successione *a causa di morte*). Con la *morte* della persona si estingono solo i diritti inerenti a lei in modo esclusivo (diritti *personali*); gli altri rapporti patrimoniali, i diritti come le obbligazioni, vengono per la morte del soggetto trasmessi ai successori che hanno la rappresentanza giuridica del defunto (*eredi*).

Il diritto di eredità si connette essenzialmente al rapporto di famiglia nella parte che concerne le persone cui esso è riconosciuto (successione *legittima*), e l'estensione del potere di disporre del proprio patrimonio (*quota legittima*, diritto di disporre, dedotta una quota determinata a vantaggio di date persone).

II. Al diritto corrisponde in genere un *dovere* (limitaz. di libertà), il quale a seconda del diritto cui si riferisce, toglie entità speciale:

1° I diritti che non hanno nascita in base ad obbligazione assunta da una o più determinate persone, ma esistono per il solo fatto della persona che li ha (p. es. quelli che contengono il potere diretto ed immediato su una cosa, e perciò si possono far valere contro chiunque li violi) sono *assoluti;* ad essi corrisponde il dovere (*generale* e *negativo*) di non lederli e, quando siano lesi, nasce la obbligazione al risarcimento a carico dell'offensore;

2° i diritti che si contengono solo nella limitazione di libertà assuntasi da una persona, esistono in vista di cotesta *obbligazione*, e vanno fatti valere esclusivamente contro la persona obbligata; perciò il diritto al quale cotesta obbligazione corrisponde è *relativo*.

III. Finalmente, quanto alla relazione distinta che contengono, i

i diritti si distinguono in *civili* e *politici:* gli uni riguardano un rapporto che il privato pone in essere come tale, gli altri un rapporto che sorge fra il privato come membro dell'associazione politica, e questa considerata quale persona giuridica.

§ 23. — *Come si determini la* potestà *contenuta nel diritto.*

Vangerow, § 131; Windscheid, § 121; Arndts-Serafini, § 92; Dernburg, I, § 41; Bekker, § 22.

La potestà di volere (fac. di agire) onde risulta il diritto, si determina in due modi principali: uno rispetto al *diritto,* l'altro rispetto al *dovere* corrispondente:

a) Siccome il diritto risponde ad una non limitazione della libertà (in quanto è riconosciuta dalla legge) in opposizione al dovere (limitazione in altri di libertà) che altri ha di non offenderlo, il soggetto cui appartiene potrà farne valere il contenuto, nè del danno che in conseguenza di ciò altri risenta, egli è tenuto a rispondere: *Qui suo iure utitur neminem laedit.* Nè è a distinguere se il danno derivi da malizia o negligenza di chi eserciti il diritto, o se fra un modo di esercitarlo non nocevole ad altri, od uno nocévole sia stato ad arte scelto questo: o se, pur di cagionare danno, ne abbia avuto luogo l'esercizio senza che si avesse in mira il ricavo di utile alcuno (*atti emulativi*), perchè il fatto voluto rientri nel contenuto del diritto, in ciò che si *può volere,* l'agente non incontra responsabilità.

Perciò il diritto trova in se stesso, nel suo contenuto la propria limitazione; se si può volere, se si è liberi di agire solo in relazione al contenuto del diritto, oltrepassando questo termine cessa la libertà, e si dovrà rispondere del danno che venisse dato. La responsabilità quindi non incombe per l'« eccesso nell'esercizio del proprio diritto », giacchè dove vi ha diritto non vi ha eccesso giuridicamente possibile, ma per il danno dato da chi abbia agito in mancanza di diritto.

b) Il dovere è una limitazione di libertà imposta a tutela del diritto cui corrisponde; ma se la *volontà* del soggetto del diritto togliesse cotesta limitazione, se consentisse cioè a che fosse violato, l'autore della violazione non ne sarà responsabile; *volenti non fit*

iniuria. Solo è necessario che il consenso validamente dato non leda leggi di ordine pubblico o buon costume (§ 14), nel qual caso non esimerebbe da responsabilità l'autore della violazione (p. es., l'autorizzazione che uno dia perchè gli tolga la vita). La volontà così operando sopprime o menoma il diritto: il soggetto del diritto se può dunque volere, può anche non volere quello che ne è oggetto, ed a quest'ultimo caso risponde perfettamente l'atto di chi voglia la violazione del proprio diritto, perchè chi la vuole non vuole più il diritto. Identiche nozioni dànno a risultato la teorica della *rinunzia.*

§ 23. — *Il soggetto del diritto.*

Windscheid, § 37; Bekker, § 19; Brinz, § 51; cfr. Savigny, § 60; Hölder, § 18; Unger, § 24; Ihering, *Geist d. röm. Rechts*, IV, § 59 e segg.; Arndts-Serafini, § 21; Dernburg, I, § 49.

Il concetto del diritto « potestà di volere, libertà di agire » è da intendersi sempre in relazione a *chi* possa volere, sia libero di agire, e se la formola generalizza dando alla *potestà* un carattere apparentemente impersonale, non perciò è da dedurne che possa esistere diritto senza soggetto. Il riconoscimento del diritto fatto dalla legge, non è ancora diritto (soggettivo) se un atto della volontà particolare non gli dà vita, e tuttavia ha un'esistenza a sè (d. oggettivo); invece, la potestà di volere costituendo il contenuto del diritto in relazione a chi lo ha (dir. soggettivo), non può essere staccata e resa indipendente dal soggetto cui si riferisce. Non è esatto distinguere fra il concetto del diritto ed il suo esercizio, per argomentarne la non necessità del soggetto nel primo caso, e la necessità solo nel secondo, in cui la *potestà di volere* diventa volere reale che risiederà poi o nella stessa persona cui apparteneva la potestà, o, se la potestà era impersonale, in altri che ne sarà *rappresentante* (costruzione applicata alla *esistenza* reale delle persone giuridiche); il diritto non può mai esistere senza soggetto, perchè il soggetto che esercitandolo vuole realmente, finchè non lo esercita avrà la potestà di volere. Non è l'*esercizio* del diritto che determina la necessità del soggetto: è la sua essenza medesima, perchè si può *avere* il diritto, e pure non esercitarlo.

Parrebbe tuttavia, che, ammesso « non aversi diritto senza soggetto » il concetto del diritto fosse posto non esattamente nella *potestà di volere*, essendovi soggetti di diritto che sono incapaci di volere (*infans, mentecaptus*); tant'è, che venne proposto come essenziale all'idea del diritto il « godimento », dicendo soggetto del diritto chi ne ha il *godimento*, e definendo il diritto « interesse giuridicamente protetto ». No; lo *scopo* del diritto (utilità, interesse) è diverso dalla sua *sostanza*, e se fosse altrimenti, non si avrebbe diritto quando non presentasse utilità per il soggetto.

Argomentando dal principio che pone l'essenza del diritto nella potestà di volere considerata come *realtà*, e non come semplice potenza, si ha che gli incapaci di volontà non potrebbero aver diritti: a cotesto effetto della incapacità, ovvia la legge che giustamente protegge gli *interessi*

a) delle *persone incerte* (nascituri, *C. 236*);

b) delle persone che attualmente non hanno la potestà di volere (*minori, interdetti*);

c) delle persone che attualmente non hanno potestà perfetta di volere (*minori emancipati, inabilitati*);

d) delle persone di cui è incerto se siano in vita (*assenti*).

In questi casi, per il ministero che le compete, la legge eleva l'interesse alla sfera del vero diritto, e l'eccezione si spiega esattamente colla *utilità* quale contenuto del diritto: ma siccome le persone cui appartiene non potrebbero esercitarlo validamente, così, completando il suo provvedimento, dà norme, perchè siano *rappresentate* da persone capaci.

La rappresentanza è qui tutta *legale*, avendo origine nella legge: così si ha il rappresentante per i nascituri (curatore al nato, *C. 236*), per le persone giuridiche, per i minori e gli interdetti (tutori), per i minori emancipati ed i maggiori di età inabilitati (curatori), e per l'assente (amministratore da nominarsi dal Tribunale, *C. 21*, immessi nel possesso provvisorio dei beni *C. 26*). In questi casi la capacità sarebbe *legale*, e contrasta con la incapacità *naturale*; tant'è, che le persone indicate se possono essere soggetto di diritto, lo diventano col concorso delle garanzie volute dalla legge, il consenso cioè delle persone che le rappresentano, al quale in certi casi va unita l'approvazione di un consiglio di famiglia o di tutela, e

talvolta all'uno ed all'altra va aggiunta la omologazione del Tribunale (*C. 296, 299,* ecc.). In tal modo, la capacità *legale* si spiega in relazione alla incapacità che colpisce la persona per sè, e gli atti cui da sola desse vita: il che risponde alla distinzione fra la *capacità* ad essere soggetto del diritto, e la *capacità* ad *agire*.

Talvolta la legge partendo da considerazioni sulla condizione speciale della persona ne diminuisce i diritti (donna maritata: autorizzazione maritale, *C. 134*), e tal'altra li menoma in vista dell'istituto cui provvede (inalienabilità della dote, autorizzazione del Tribunale, *C. 1405*); ma nel primo caso si ha una incapacità di natura diversa di quelle enunciate, e nel secondo la diminuzione del diritto non dipende da incapacità della persona, sibbene dal carattere delle cose *dotali*.

§ 24. — *Delle persone.*

Savigny, § cit.; Windscheid, § 49; Brinz, § cit.; Dernburg, I, § 50; Stobbe, § 36; Arndts-Serafini, § 24; Unger, § 25; Aubry et Rau, § 52.

Persona è chi può essere soggetto di diritti, ossia chi ha la capacità di poter essere soggetto di diritto: e perchè il diritto è potestà di volere riconosciuta dalla legge, si dice *personalità* la capacità di poter volere giuridicamente. Personalità vale quindi capacità giuridica; e risulta dal concorso di due elementi, come avviene del diritto soggettivamente inteso, che consta *a*) della potestà di volere, *b*) in quanto riconosciuta del diritto oggettivo: così la personalità risulta da un'entità materiale cui si riferisce la capacità nella misura intesa dalla legge: entità *reale* dotata di potestà di volere; e dal riconoscimento che la legge ne fa.

La mancanza del primo elemento (entità *reale* dotata di potestà di volere) dimostra come le *cose* non possano essere soggetto di diritto, nè si può argomentare in contrario dal carattere giuridico che ha il *titolo* al *portatore*, perchè non il titolo è il soggetto del diritto di credito, ma il *portatore* di esso.

Le persone sono di due specie: *naturali* e *giuridiche* (morali, fittizie).

§ 25. — *Persone naturali; l'uomo.*

SAVIGNY, §§ 61, 62; VANGEROW, § 22; WINDSCHEID, § 52; BRINZ, § 50; ARNDTS-SERAFINI, § 25; DERNBURG, I, §§ 40-48; HÖLDER, § 19; BEKKER, § 45 e segg.; UNGER, § 26; FÖRSTER, § 19; DERNBURG, *Pr. priv.*, I, § 40 e segg.; SIEBENHAAR, § 22; HUBER, § 9; BESELER, § 56; AUBRY et RAU, § 53.

Persona naturale è l'uomo; e lo è perchè dalla natura gli è data quella potestà di volere, che riconosciuta dalla legge forma la capacità giuridica, sebbene questa sia talvolta conceduta dal diritto oggettivo indipendentemente dalla potestà anzidetta (§ 23).

Esiste l'uomo come persona naturale quando: 1° sia *nato*, ossia staccato in modo completo dal corpo materno del quale faceva prima parte, qualunque sia il modo (naturale od artificiale, *etsi exsecto ventre editus sit*), col quale cotesta separazione avvenga; perciò prima del parto l'uomo non esiste come tale (*partus nondum editus homo non recte fuisse dicitur*), salve le poche eccezioni che la legge stabilisce (§ 22 e 23); 2° è pure necessario che sia nato *vivo*, nè si richiedono forme speciali con cui la vita sia manifestata, essendo sufficiente ogni atto che l'attesti: i nati morti, perchè la morte è fine della persona naturale, sono considerati come se neppure fossero stati concepiti; 3° finalmente è d'uopo che sia *vitale*, ossia che abbia tale conformazione da esser capace di vivere indipendente, dopo avvenuta la separazione dal corpo materno. La legge non determina alcun periodo di tempo il cui decorso valga a definire la questione della vitalità facendola presumere, nè lo poteva, perchè il decorso del tempo non può dar modo a ritenere l'esistenza di condizioni essenziali alla vita che facciano invece difetto nell'organismo del nato (sia difetto congenito od acquisito nel travaglio del parto); nè basta poi riferirsi alla *maturità* del feto, perchè la vitalità può non esserle connessa, sebbene di regola lo sia. L'avviso degli esperti dirà quindi se la conformazione fosse o no tale da aversi la *vitalità*, la quale nel dubbio è tuttavia presunta in chi sia nato vivo (*C. 724*): ed all'avviso di esperti sarà pur necessario ricorrere, quando sull'esistere la condizione dell'essere nato vivo sorgano contestazioni non altrimenti (testimonianze, ecc.) definibili. I tre requisiti devono concorrere: se per un caso non attribuibile a mancanza di vitalità, avve-

nuto il parto (separazione completa del corpo materno) seguisse immediatamente la morte del nato (per es. per caduta), ciò non influirebbe sulla sua capacità giuridica.

§ 26. — *Fine della persona naturale. Assenza.*

Savigny, § 63; Vangerow, § 33; Windscheid, § 53; Arndts-Serafini, § 26; Dernburg, § 50; Hölder, § 20; Bekker, § cit.; Unger, § 27; Förster, § cit.; Dernburg, *Pr. priv.*, I, § cit.; Stobbe, § 38; Huber, § 10; Beseler, § 58; Aubry et Rau, §§ 147, 156 e segg.

C. civ. it., a. 36-42; C. c. fr., a. 129-135; C. c. austr., § 24; C. c. sass., § 37 e segg.; C. c. neerl., a. 523-544; C. c. p., a. 64-81; Cod. c. della Rep. Arg., a. 110-125; C. c. dell'Ur., a. 59-64; C. c. del Guat., a. 100-101; C. c. del Chilì, a. 80-94.

Col finire della vita (*morte*) cessa l'esistenza della persona naturale: siffatto avvenimento o *risulta* da un *fatto certo*, comprovato dalla dichiarazione fatta davanti all'ufficiale dello Stato civile (*C. 385* e segg.) o è *presunta* dalla legge.

La presunzione di morte è il fondamento dell'istituto della immissione nel possesso definitivo dei beni di chi sia stato *dichiarato assente*, e vi si può far luogo quando occorra una delle seguenti condizioni:

1° Se avvenuta la immissione nel possesso temporaneo (§ *39*) siano decorsi trent'anni di assenza *continuata* dalla data di questa immissione (e non da quella della dichiarazione di assenza fatta dall'autorità competente). Qualora la *continuità* mancasse per essersi avute in cotesto spazio di tempo notizie di vita dell'assente, difetterebbe l'estremo essenziale per la presunzione di morte: e se invece fosse accertata la morte, non sarebbe più il caso di *presumerla*, onde la inutilità dei provvedimenti che hanno base su tale presunzione (*C. 36*).

2° Quando siano trascorsi cento anni dalla nascita dell'assente, e le ultime notizie di lui risalgano almeno a tre anni addietro (*C. 36*). Queste due circostanze debbono concorrere; non basta da sola la prima, perchè, sebbene la media della vita umana sia di molto inferiore ai cento anni, pure non essendo la media regola assoluta, ed avendosi non di rado casi di vita durata oltre i cento anni, la legge volle circondarsi delle maggiori precauzioni nel determinare una

presunzione da cui originano importantissime conseguenze. D'altro lato, richiese che le ultime notizie dell'assente risalissero solo a *tre anni almeno*, perchè questo termine, benchè per sè breve, tuttavia posto in relazione coll'età tanto avanzata della persona, è tale da fare ragionevolmente presumere che la morte sia avvenuta. Se i cento anni si compissero prima della dichiarazione di assenza, questa dovrà essere pronunciata, perchè senza tale dichiarazione mancherebbe l'atto cui l'immissione si collega; non così se si compissero dopo (*C. 38*).

La presunzione che domina nell' ultimo stadio dell'assenza (immissione nel possesso definitivo), è la morte dell'assente, a differenza di quanto avviene negli altri due, nei quali i provvedimenti tolti dalla legge si inspirano alla presunzione (più o meno forte) di vita (§ *39*). Perciò, col pronunciare sull' istanza delle parti interessate la immissione nel possesso definitivo, il Tribunale dichiara sciolte le cauzioni e cessate le altre cautele che fossero state imposte (*C. 36*); pronunciata che sia, cessa pure ogni vigilanza di amministrazione e ogni dipendenza dall'autorità giudiziaria, e gli immessi nel possesso, od i loro eredi e successori, possono procedere a divisioni *definitive* (cfr. § 39) e disporre liberamente dei beni (*C. 37*).

Senonchè, la presunzione cessa dinanzi al fatto che la dimostri insussistente, e perciò se dopo la pronuncia della immissione nel possesso definitivo fosse provata l'esistenza dell'assente, o questi ritornasse, avrebbe il diritto di ricuperare i beni. Tuttavia, siccome conviene conciliare i due principii *a*) della presunzione che non ha più luogo provato il fatto contrario, e *b*) della presunzione che sino a quando è valida dà agli immessi qualità e poteri di proprietario, l' assente riavrà i beni nello stato in cui si trovano (*C. 39*). L'equità corregge poi la estensione del secondo principio accennato, ed in vista di ciò, l'assente avrà diritto di conseguire il prezzo *tuttora dovuto* dei beni alienati, od i beni nei quali fosse stato investito (*C. 39*).

Come si ha rispetto all'avvenimento della morte, che è *certo* o *presunto:* così pure, il *quando* la morte sia avvenuta è *certo* qualora risulti dalla dichiarazione già ricordata, od è *presunto:* ciò avviene nel caso dell'assenza, dacchè la legge determina che trascorsi sei mesi dalla seconda pubblicazione della sentenza dichiarante l'assenza, potranno chiedere la immissione nel possesso temporaneo

dei beni (§ *39*) le persone che sarebbero state eredi legittimi se l'assente fosse morto *nel giorno cui risale l'ultima notizia della sua esistenza* (*C. 26*). Anche qui la presunzione cade di fronte al *fatto* contrario: se durante il possesso temporaneo fosse provato il tempo della morte dell'assente, la successione si apre a vantaggio delle persone che a quel tempo erano suoi eredi legittimi o testamentari o dei loro successori (*C. 34*, § 39); e se questo tempo fosse provato dopo la immissione nel possesso definitivo, le persone che a quell'epoca sarebbero stati eredi o legatari, od avessero acquistato un diritto in conseguenza della morte dell'assente, od i loro successori, avranno le azioni competenti contro gli immessi. In quest'ultimo caso, l'azione delle persone cui spetterebbero i beni per eredità o legato, è respinta dalla prescrizione che gli immessi possono invocare; come pure, in qualità di possessori di buona fede, potrebbero respingere la domanda in restituzione dei frutti percepiti (*C. 41*).

A motivo delle qualità che hanno, i figli e discendenti dell'assente possono esercitare sui beni gli stessi diritti che sarebbero sorti nel caso l'assente fosse ritornato, o ne fosse provata la esistenza, e ciò *senza essere obbligati a provarne la morte;* purchè tuttavia li facciano valere entro trent'anni dal giorno della immissione nel possesso definitivo pronunciato a favore di altri (*C. 40*).

La presunzione sul tempo in cui la morte dell'assente si reputa avvenuta, ha il suo motivo di essere nella presunzione di morte che domina nell'ultimo stadio dell'assenza; la legge non poteva disporre su questo punto, senza determinare il tempo cui si deve aver riguardo onde statuire sulla capacità a succedere, sebbene poi sulla esattezza del criterio tenuto nella determinazione, possano sorgere dubbi non lievi. In forza di tale presunzione, che, sebbene spieghi la sua efficacia solo in questo stadio, pure rimonta al giorno cui risalgono le ultime notizie dell'assente, l'immesso nel possesso definitivo non potrà esercitare a nome dell'assente diritti che sarebbero nati *dopo* tal giorno (perchè in quel giorno lo si deve presumere in vita); a meno che non si provi che quando il diritto è nato l'assente esisteva, nel qual caso la presunzione non ha più ragione di essere. S'intende che se la prova si riferisce a un tempo nel quale la immissione in possesso definitivo è già pronunciata, questo cessa,

perchè è provata la esistenza dell' assente; ma se da tal giorno l'assenza ha continuato, nè più si ebbero sue notizie, si potrà nuovamente far luogo ai provvedimenti sull'assenza (arg. *C.* ***20,*** § 39).

La presunzione accennata spiega perchè il matrimonio contratto del coniuge di un assente dopo *pronunciata la immissione nel possesso definitivo dei beni* non può essere impugnato finchè dura l'assenza (*C.* ***113,*** cfr. § 39).

§ 27. — *Priorità della morte.*

V. fonti cit. al § preced.

Un diritto non si può dir nato a favore d'una data persona, quando questa non esista al momento in cui ne ha luogo la nascita (v. § 22); mancherebbero le condizioni fondamentali per parlare di soggetto che ha acquistato un diritto, e possa trasmetterlo. Applicazione del principio è non solamente la disposizione in materia di assenza, per la quale niuno è ammesso a reclamare un diritto in nome di persona di cui si ignori la esistenza, se non prova che essa esisteva quando quel diritto è nato (*C.* ***42***); ma eziandio l'altra che governa il caso in cui fra due o più persone chiamate rispettivamente a succedersi, è dubbio quale per la prima abbia cessato di vivere (*C.* ***924***). La priorità della morte vuol essere stabilita; mancando la prova non vi ha *trasmissione* di diritto dall'una all'altra, e perciò chi sulla premorienza di una fonda il diritto suo come trasmessogli da quella morta posteriormente, non potrà farlo valere. Diritto non nacque a favore del suo autore, che non potè perciò trasmetterne alcuno.

Il principio ha una eccezione nella legge che permette in dati casi la trasmissione di un diritto nei discendenti, tuttochè sorto dopo la morte dell' ascendente nel cui nome viene esercitato (*C.* ***729***).

§ 28. — *Persone giuridiche.*

Savigny, §§ 85-89; Vangerow, §§ 53-60; Windscheid, §§ 57-62; Brinz, §§ 59-62; Arndts-Serafini, §§ 41-46; Dernburg, I, §§ 59-66; Hölder, §§ 18, 26-29; Bekker, §§ 59-69; Unger, §§ 42-44; Förster, §§ 280-285; Dernburg, *Pr. priv.*, I, §§ 49-59; Siebenhaar, § 29 e segg.; Huber, § 12; Stobbe, § 49 e segg.; Beseler, §§ 65-71; Aubry et Rau, § 54.

Zitelmann, *Begriff u. Wes. d. s. g. iurist., Person.*; Bellavite, *Delle persone collettive volontarie.*

C. civ. it., a. 2; C. c. austr., a. 26; C. c. sass., a. 52-57; C. c. p., a. 32-39; C. c. della Rep. Arg., a. 30-50; C. c. dell'Ur., a. 21; C. c. del Guat., a. 44-47; C. c. mess., a. 43-47; C. c. del Chilì, a. 545-564.

L'associazione di più persone riconosciute come soggetto di diritti indipendentemente dalle singole unità che la compongono: un complesso di beni che non appartenga ad alcun soggetto, e destinato ad un dato fine, son pure riconosciuti come entità capace di diritto, sono *persone giuridiche*. Nell'un caso si ha la *corporazione*, nell'altro la *fondazione;* e son dette pers. *giuridiche* per differenziarle dalle naturali, le quali esistono per sè. Perciò la qualificazione di *giuridiche* non dice nella sua essenza, qualcosa che non convenga anche alle naturali, ma vale a determinare le persone esistenti solo per effetto della legge, o meglio *create* dalla legge in vista dell'interesse sociale, perchè vi ha dei fini che la persona isolata non potrebbe raggiungere, o che sono inerenti alla destinazione di un patrimonio. Filosoficamente potrebbe affermarsi che le persone dette giuridiche hanno esistenza reale, sia perchè la corporazione ha una *volontà* a sè, risultante da quella parte che le volontà singole di cui consta dedicano a quel determinato scopo: sia perchè la *fondazione* è vivificata giuridicamente dalla volontà del fondatore il quale ne ha dichiarato il fine. Ma nel diritto positivo la costruzione procede altrimenti per motivi storici: le persone giuridiche esistono solo per il voto della legge e per la creazione dello Stato che lo esplica, tuttochè la *personificazione* di un aggregato di persone o di un insieme di beni dipenda in sè da necessità giuridica.

È d'uopo avvertire come la distinzione ricordata fra *corporazione* e *fondazione* non va tuttavia tolta in senso rigoroso, potendo aversi il caso di persona giuridica, nella quale occorrano gli aspetti dell'una o dell'altra.

a) Alcune persone giuridiche sono dichiarate tali dal diritto (Stato, provincia, comune, *istituti* pubblici *civili* od *ecclesiastici*, *C. 2*, eredità giacente, *C. 980* e segg.); di regola esistono quando lo Stato le abbia riconosciute tali (costituzione di corpo morale, cosicchè la loro capacità si misura solo dalla data di cotesto riconoscimento; ad es., i corpi morali non ancora riconosciuti non possono perciò essere istituiti eredi validamente: non potranno come *persone giuridiche* agire in giudizio;

b) Dal fine cui tendono, si distinguono le persone giuridiche in *pubbliche* e *private*, e la distinzione ha speciale importanza quanto ai modi con cui hanno fine, ed agli effetti della loro cessazione in ordine ai beni che ne costituivano il patrimonio;

c) Riconosciuto validamente il corpo morale (p. giuridica), la sua esistenza è separata dalla persona dei singoli membri che lo compongono; a differenza di quanto avviene per la semplice associazione, i rapporti di cui la persona giuridica è soggetto non toccano direttamente i suoi membri, i quali possono perciò essere soggetti attivi o passivi di obbligazioni rispetto alla persona giuridica;

d) La persona giuridica esercita col mezzo di persone fisiche (*rappresentanti*) i dritti inerenti alla sua costituzione ed allo scopo per il quale ebbe dallo Stato il riconoscimento; i rappresentanti (v. il § 58), operando in siffatta qualità, ed entro i limiti delle loro incombenze, obbligano la *persona giuridica*, e la legge di costituzione (*statuto*) che il corpo morale (coll'approvazione dello Stato) si è data, mentre ne designa le funzioni, dichiara ai terzi sin dove si estendano legittimamente i poteri del rappresentante;

e) Dei modi coi quali le persone giuridiche hanno *fine*, alcuni sono comuni sì alle persone giuridiche *pubbliche* che alle *private*, altri sono speciali alle *private:*

1° I comuni sono: α) la volontà dello Stato, il quale come è libero nel riconoscere il corpo morale, lo è del pari nel togliere cotesta qualità, quando reputi che il fine, il quale ne aveva suggerito il riconoscimento, non abbia più valore, o sia in antagonismo coi fini generali della società; β) se i membri componenti la persona giuridica, per morte od altrimenti abbiano cessato dall'esser tali: ove lo statuto non prevedesse questi due casi, e non stabilisse in conseguenza il numero minimo dei membri che fosse necessario

per la sussistenza della persona giuridica, questa continua anche se ridotta ad un membro solo; γ) se il riconoscimento fosse accordato sino ad un certo tempo oppure condizionalmente, nel primo caso cessa l'esistenza della persona giuridica colla scadenza del termine, nel secondo cessa quando si verifichi la condizione che è stata preveduta.

2° Modo speciale alle persone giuridiche private è la *volontà* dei singoli membri, i quali possono deliberarne la fine. Se lo statuto non prevedesse la ipotesi, o la prevedesse chiedendo all' uopo la unanimità dei pareri, la maggioranza non potrà statuire che la persona giuridica abbia termine; se invece lo statuto accordasse espressamente tale diritto alla maggioranza, questa potrebbe validamente esercitarlo, e imporre così alla minoranza il suo parere.

f) Se la persona giuridica consistesse in una corporazione, avvenutane la fine, non si potrebbe, neppure per motivi di interesse pubblico, ritenere come persona giuridica il patrimonio, finchè per l'aggregarsi di nuovi membri riprendesse poi la prima forma. Potrebbe in questo caso lo Stato riconoscere successivamente *diverse* persone giuridiche, ma la necessità del riconoscimento della nuova, indicherebbe già la *estinzione* della precedente.

g) Quanto al patrimonio della persona giuridica che ha cessato di esistere, o si tratta di persona giur. *pubblica*, ed allora, di regola, i beni come vacanti passano allo Stato; o di persona giuridica *privata*, e valgono le regole che sulla destinazione e sulla divisione del patrimonio fossero date: α) dallo statuto sociale; β) o dalla deliberazione tolta validamente dai membri; γ) o dalla stessa entità giuridica del corpo morale, indicante la misura dell'interesse che ogni membro ha nel patrimonio sociale (per es.: società *anonima per azioni*). Salvi sempre i diritti che sul patrimonio avessero acquistato i terzi.

§ 29. — *Capacità giuridica delle persone. Incapacità.*

A) Il contenuto e la estensione della capacità giuridica rispondono al contenuto ed alla estensione che ha il concetto del *diritto*.

Il diritto è *potestà di volere giuridicamente*, e però sono *capaci* le persone che per natura godono di tale potestà, o quelle cui fosse attribuita dalla legge. Quanto alla estensione della capacità, è neces-

sario distinguere le due fonti da cui emana, perchè in alcuni dei casi in cui è determinata dalla legge, essa è ristretta agli atti per i quali è accordato il diritto (da farsi valere mercè rappresentante, § 23). Così:

1° Per i non concepiti (a differenza dei concepiti non nati, *C. 724* e *236*), la capacità esiste nel solo concorso di queste due condizioni: α) capacità di ricevere per testamento, e β) quando si tratti di *figli immediati* di una determinata persona vivente alla morte del testatore;

2° Le persone giuridiche non hanno i diritti il cui contenuto richiede come subbietto una persona naturale (per es. matrimonio, diritto di patria potestà, ecc.). Dei due casi (1°, 2°) nel primo la limitazione è spiegata dal favore eccezionalmente accordato dalla legge, e nel secondo dalla natura medesima della persona giuridica.

B) Chi è *capace* di diritti, può essere *incapace* d'agire (§ 23): e di regola *incapacità* vale non possibilità di volere secondo le condizioni richieste dalla legge; ma come questa a volte fa capaci esseri ai quali mancherebbe la potestà stessa di volere, così a volte rende incapaci esseri che avrebbero questa naturale potestà, e che anzi sono capaci di compiere altri atti giuridici; e nello stesso modo che la *utilità* (della persona) spiega la capacità accordata nel primo caso, la utilità (non della persona, ma di altrui: ordine pubblico, util. generale) spiega la incapacità dichiarata nel secondo. Ambe specie di incapacità sono *legali* in quanto poste dalla legge, ma l'appellativo di legale può essere meglio adottato per la seconda (*fittizia*) chiamando *naturale* la prima; il loro diverso fondamento dà luogo a diverse norme d'interpretazione:

a) Negli istituti concernenti incapacità naturale, le disposizioni che eccezionalmente dichiarassero la capacità non si possono estendere in modo alcuno oltre la parola della legge (per es., i minori emancipati possono testare e non possono donare, *C. 763, 1052*);

b) negli istituti in cui occorra un caso di incapacità legale, questa non si può estendere oltre le ipotesi per le quali è dichiarata (per es., la donna maritata non può alienare i suoi immobili senza l'autorizzazione del marito, e può *acquistare* senza che l'autorizzazione sia necessaria).

L'incapacità è *generale* o *parziale*, secondochè esiste per tutti gli

atti o solo rispetto a qualche persona o cosa. Di regola, essa può essere opposta da colui a cui vantaggio venne stabilita, e perciò il più delle volte dall'incapace stesso, ma tal fiata da altri: per es., v'ha persone che dalla legge sono dichiarate incapaci di acquistare certe cose, e tale incapacità non è certamente a vantaggio dell'incapace, nè da lui opponibile (*C.* ***1457, 1458***).

§ 30. — *Di alcune speciali condizioni che influiscono sulla capacità giuridica.*

Savigny, §§ 108-111; Vangerow, § 37; Windscheid, § 54; Brinz, §§ 55, 56; Arndts-Serafini, §§ 35-40; Dernburg, I, §§ 52-58; Hölder, §§ 23-25; Bekker, § 48 e segg.; Unger, § 26; Siebenhaar, §§ 22-29; Huber, § 9; Beseler, § 56; Aubry et Rau, § 52.

In ordine alla capacità si possono notare le seguenti condizioni speciali:

1° ***Età.*** La capacità giuridica è data dal concorso della legge, la quale non crea la potestà di volere, ma la riconosce in quanto si determina conformemente alle condizioni che essa prescrive: ora, tale potestà non esiste naturalmente, prima che sia raggiunta un'età che potrebbe essere maggiore o minore a seconda della diversa costituzione ed educazione degli individui. L'esistenza di cotesto sviluppo non è accertata dall'esame a farsi in ogni singolo caso, ma è determinata con una norma generale, per cui il raggiungere l'età fissata determina la capacità giuridica. Si distinguono due periodi, ***età minore, età maggiore,*** la quale ultima indica il quando sia raggiunta la ***piena*** capacità a compiere atti giuridici, ed è fissata agli anni ventuno compiti (*C.* ***323***); si dice *piena* capacità, perchè nel periodo dell'età minore vi ha l'istituto della ***emancipazione,*** che si dà per legge o si accorda da chi esercita la potestà sul minore, il quale abbia raggiunto l'età di anni diciotto; ed il minore emancipato può compiere validamente tutti gli atti non *eccedenti la semplice amministrazione* (*C.* ***317***). Onde la distinzione fra minori emancipati e minori non emancipati, soggetti gli uni a cura, gli altri a tutela e perciò sforniti della capacità, sebbene limitata, che a quelli compete.

Questa è la distinzione *generale;* per alcuni atti, in vista dello scopo cui tendono, si richiede un'età speciale, così da poter essere

compiti anche da un minore. Tali: *a*) il *matrimonio* (*C. 55*), sia per l'interesse che il legislatore ha alla conservazione della specie mercè la prole legittima, sia per l'interesse delle famiglie, dacchè il ritardare a causa di età la celebrazione di un matrimonio progettato, potrebbe esser causa che non lo si effettuasse più; e perchè il contratto matrimoniale è la legge che i coniugi si dànno al patrimonio rispettivo in vista del vincolo che contraggono, così vale il principio « *habilis ad nuptias, habilis ad pacta nuptialia* », nel senso che per quest'atto la volontà del minore è integrata in diverso modo che per gli altri affari, e la capacità è più estesa (potestà di donare: *C. 1386*). *b*) Il testamento: l'importanza dell'atto per il quale si dispone con ultima volontà dell'insieme o di parte dei propri averi, consiglia di permetterlo ai minori che avessero compiuti i diciotto anni (*C. 763*); tuttochè lo sviluppo intellettuale a quest'età non sia completo, pure è già determinato sufficientemente, ed indica il tempo in cui la *emancipazione* può essere accordata.

La distinzione fra i due gradi di *impubertà* e *pubertà* non conserva perciò di regola valore alcuno nel diritto odierno: il suo ricordo è legato ad un solo caso, ed eccezionale, il limite cioè entro il quale è lecito dispensare dall'impedimento dell'età in materia di matrimonio. La dispensa può essere concessa dal re, quando l'uomo abbia compiuto i quattordici anni, e la donna i dodici (*C. 68*).

2° *Sanità*, che vien considerata rispetto allo *spirito* ed al *corpo*. Nel primo caso, a seconda della sua gravità dà luogo, all'incapacità più o meno estesa, e cioè alla interdizione per la quale il maggiore d'età è posto in istato di tutela, ed alla inabilitazione che lo equipara invece al minore emancipato. Nel secondo caso, la incapacità è considerata solo rispetto alla possibilità di compiere l'atto fisico ch'è essenziale per l'esistenza del negozio giuridico; così il sordo muto ed il muto non possono testare per atto pubblico, e se non sanno scrivere non possono far testamento olografo o segreto (*C. 786*); il cieco, non potendo leggere, non può far testamento segreto (*C. 785*); l'impotenza *manifesta, perpetua, anteriore* al matrimonio è causa di nullità del matrimonio contratto (*C. 107*). Tuttavia, quando si tratti di sordo-mutismo o cecità dalla nascita (*C. 340*), il maggiore è *inabilitato* di diritto, a meno che il tribu-

nale non l'abbia dichiarato abile a provvedere alle cose proprie.

3° *Sesso*. La diversità di sesso (*maschi*, *femmine*) non dà luogo ad incapacità naturale della donna; che questa a causa dell'esser suo non possa raggiungere un completo svolgimento delle sue facoltà, ed abbia bisogno di protezione costante, è vieto concetto che inspirò al diritto romano antico l'istituto della *tutela perpetua* delle donne, e fu accolta in altri diritti, la cui tradizione continuò in qualche legislazione sino ai tempi moderni. Perciò la legge equipara i due sessi in ordine alla capacità giuridica; e se sulla donna *maritata* pesa una incapacità rispetto ad alcuni atti tassativamente indicati (*C. 134*), ne è causa non la imperfezione della donna, la sua debolezza, ma l'ordinamento della famiglia, di cui il marito è il capo.

Talvolta la diversità del sesso stabilisce una diversa misura di capacità; la *donna* può contrarre matrimonio a quindici anni compiti (*C. 55*), e chi è *habilis ad nupt.*, è pure *hab. ad p. nuptialia* (nel senso suindicato); la dispensa dell'impedimento dell'età le si può accordare se abbia compiti i dodici anni (*C. 68*). Cotesta *capacità* ha tratto puramente al matrimonio, e venne dichiarata perchè lo sviluppo precoce della donna precoce la rende abile alle nozze prima dell'uomo: e perchè, vista tale capacità *fisica*, non parve giusto e conveniente porre ostacoli al matrimonio, al quale è potente attrattiva la giovane età della donna. Motivo che spiega come sia pure determinata diversamente l'età maggiore dell'uomo e della donna, quanto al *consenso* che debbono ottenere per fare validamente le nozze (*C. 63*).

4° *Condanna giudiziale*. La condanna a certe pene enumerate dalla legge (*C. disp. tr. 3*) fa incorrere il condannato nella perdita dei diritti politici, della potestà patria e maritale, e lo pongono in istato di interdizione (*interdiz. legale*); queste pene sono: la morte, l'ergastolo ed i lavori forzati a vita. Quest' interdizione che la condanna trae seco di diritto, non impedisce eccezionalmente il condannato di disporre dei suoi beni per testamento, e la ragione sta nella natura, nello scopo dell'atto che si compie.

5° La confessione religiosa non esercita veruna influenza sulla capacità giuridica, e le norme che il diritto canonico ha su questo punto, non hanno peso dinanzi alla legge civile. Così, canonicamente vi hanno impedimenti al matrimonio che la legge non riconosce

(tale quello derivante dagli ordini sacri), ma dove questa non dispone della incapacità a compiere certi atti, le contrarie disposizioni canoniche non valgono.

6° Altre incapacità derivano dallo stato di straniero (eccezionalmente, § 35), e dallo stato di filiazione (per es. *f. adulterini*, *incestuosi*, § 36); saranno accennati nel dire dello *stato di cittadinanza* e dello *stato di famiglia.*

§ 31. — *Capacità e stato. Dello stato in generale.*

Savigny, §§ 75, 83; Vangerow, § 41; Windscheid, § 36; Brinz, § 52; Arndts-Serafini, § 28; Dernburg, I, § 50; Bekker, § 54.

Le condizioni d'*età*, *sanità*, ecc., vennero ora ricordate (§ 29) in relazione diretta colla *incapacità*, quasi a dimostrare alcune fra le cause dalle quali essa è prodotta; ma è evidente che non toccano la incapacità, senza che in pari tempo concernano la *capacità*. Considerate in ordine alla *incapacità* ed alla *capacità*, sono tuttavia delle *condizioni speciali:* esse poi entrano nel contenuto delle *condizioni generali* che si notano rispetto alla *capacità.*

Queste *condizioni* siano speciali, siano generali, indicando una posizione giuridica che la persona occupa, costituiscono lo *stato*; vi può esser dunque uno *stato speciale* d'incapacità, ed altro *generale* di capacità, e nella stessa persona possono entrambi concorrere questo come regola, quello come eccezione; può anche darsi il contrario, come avviene rispetto al minore il cui stato generale, considerata esclusivamente la sua persona, è l'incapacità ad agire. Pure, sebbene la voce *stato*, valga a significare queste condizioni speciali della persona, è meglio adoperata a significare quelle condizioni generali cui più diritti fan capo; è così che *capacità* si distingue da *stato*, perchè l'una designa l'attitudine della persona rimpetto ad un diritto determinato, l'altro risulta da più capacità rispondenti a più istituti giuridici, dei quali la persona in quella data qualità può essere soggetto.

Le condizioni generali così intese, risultano dal considerare la persona come membro dell' associazione politica che è lo *Stato*, o come membro dell'associazione civile ch' è nucleo di quello, la *famiglia:* quindi, *stato di cittadinanza* e *stato di famiglia.*

§ 32. — *Stato di cittadinanza.*

V. fonti cit.; AUBRY et RAU, § 69 e segg.; LAURENT, I, nn. 320 e segg.; MARCADÈ, *Explic. th. et prat. du C. Napol.*, art. 9 e segg.; DEMANTE, *Cours analyt. du C. civ.*, I, art. 9 e segg.; PROUDHON (VALETTE. s.), *Tr. de l'etat des personnes*, I, p. 120 e segg.; BIANCHI, I, p. 353 e segg.
C. civ. it., a. 4-15; C. c. fr., a. 9-19; C. c. austr., a. 28-32; C. c. neerl., a. 5-12; C. c. p., a. 18-23.

In ordine allo stato di cittadinanza, è a distinguere i *cittadini* dagli *stranieri;* la distinzione non avrebbe gran che d'importanza se riferita al godimento dei diritti civili (§ 36), ma l'ha quando si badi ai diritti tutti, politici e civili, dei quali il cittadino può essere soggetto, ed alla diversa estensione che nel godimento degli stessi diritti civili è posta fra il cittadino e lo straniero (§ 36).

La cittadinanza si ha (cittadinanza *originaria*):

A) per il solo fatto della *nascita;*

e si acquista (cittadinanza *acquisita*):

B) per dichiarazione di *volontà del privato* (nei casi in cui la legge consente alla *volontà* tale efficacia);

C) per concessione dello Stato (*naturalità*).

A) *Cittadinanza comunicata dalla nascita.*

1° Il padre cittadino comunica al figlio, al momento della nascita, lo stato di cittadinanza (*C. 4,* arg. a. *5*), e se la nascita avesse luogo posteriormente alla morte del padre, il figlio segue la condizione che il padre aveva al tempo in cui morì (arg. a. *5* pr.); lo stato di cittadinanza è qui trasmesso *iure sanguinis*, cosicchè non influisce la circostanza del luogo nel quale la nascita sia seguìta (per es. all'estero), od il modo per cui il padre sia diventato cittadino (per es. la *naturalità*); venne attribuita la cittadinanza del *padre*, perchè è questi il capo della *famiglia*, concetto primo di aggregazione che ingradisce successivamente fino a toccare quello di *Stato*. La correlazione fra le due idee di *famiglia* e *Stato* riesce evidente col notare che la cittadinanza costituita *iure sanguinis*, s'intende attribuita a chi per questo diritto faccia parte della famiglia natu-

rale, sia essa legittima, sia naturale propriamente detta, non a chi vi entri per il rapporto puramente civile dell'adozione.

2° Se il padre fosse ignoto, la madre cittadina dà al figlio la condizione di cittadino (*C.* 7); anche qui è la nascita che determina lo stato di cittadinanza, ma viene attribuito dalla madre che sola ha fatto il riconoscimento, ed è perciò a capo della famiglia. Se più tardi anche il padre riconoscesse il figlio, la condizione di questo, quanto a cittadinanza, sarebbe nuovamente determinata in base alla condizione del padre al tempo della di lui nascita; conosciuto il padre, la norma generale posta dalla legge riprende il suo vigore.

3° Se neppure la madre fosse conosciuta, lo stato di cittadinanza è determinato dalla nascita nel regno (*ius soli*); non si presume badando al luogo della nascita, che la madre sia cittadina, perchè posta tale' presunzione, la cittadinanza sarebbe comunicata *iure sanguinis*, e la presunzione non ha fondamento, trattandosi di madre *non conosciuta;* ma si è ritenuto che in mancanza dei vincoli di sangue i quali attribuiscono lo stato di cittadinanza, il luogo della nascita bastasse ad attribuirlo per l'affetto perenne che inspira. Che se poi avesse luogo il riconoscimento da parte di entrambi i genitori o da parte di un solo, e nel primo caso il padre, nel secondo il genitore che opera il riconoscimento fossero stranieri, il figlio sarà ritenuto straniero; lo *ius sanguinis* riprende impero, e siccome il riconoscimento dichiara la filiazione, così dimostra quale al momento della nascita dovesse essere la condizione del figlio rispetto alla cittadinanza.

Di qui si vede come la cittadinanza *originaria* dipenda di regola dallo *ius sanguinis*, ed eccezionalmente dallo *ius loci;* il conflitto fra i due diritti si volle giustamente dirimere colla prevalenza del primo, perchè il nascere in paese estero non è circostanza che possa suscitare per questo luogo un affetto superiore a quello che si ha per la patria del genitore.

B) *Cittadinanza acquisita per volontà.* 1° *Elezione.*

La volontà del privato (*elezione*) può in due casi dar luogo all'acquisto della cittadinanza: 1° o confermando la *presunzione di*

cittadinanza contenuta nella legge; 2° o togliendo la presunzione di *straniero*. Imperocchè vi ha dei casi nei quali non una certezza, ma solo una presunzione può sorgere quanto allo stato di cittadinanza, e, secondo il modo con cui si manifesta, la volontà del privato può determinare questo stato in modo definitivo, e allora la *presunzione* di cittadinanza diventerà cittadinanza effettiva, o cesserà per essere accertata la qualità di straniero; e così la *presunzione* di straniero cesserà o per la certezza avvenuta di questo stato, o per la scelta dello stato di cittadino. Conviene adunque riconoscere alla *volontà* del privato tutta la efficacia che la legge le attribuisce.

1° La prima ipotesi concerne la influenza della volontà in ordine allo stato di *cittadinanza presunta*. Questa ha luogo *a*) quando il padre abbia perduto la cittadinanza prima della nascita del figlio, e questi sia *nato* nel regno e vi abbia la sua *residenza;* stando alla regola dell'attribuzione al figlio dello stato di cittadinanza del padre al momento della nascita, il figlio sarebbe qui straniero; ma le due circostanze della *nascita* nel regno e dell'avervi *residenza*, parvero sufficienti a *presumere* che il figlio debba preferire quella cittadinanza che il padre ha perduto (*C. 5*). Identica norma regge il caso in cui lo stato di cittadinanza sia comunicato solo dalla madre (*C. 7*, 1). *b*) Il figlio *nato nel regno* da straniero *che vi abbia fissato il suo domicilio da dieci anni non interrotti*, *e purchè la residenza non sia stata a causa di commercio*, è riputato cittadino. Anche qui, il lungo termine della dimora fatta dal padre straniero (non a causa di speculazioni commerciali che contrasterebbero colla presunzione di affetto al paese, nè escluderebbero la volontà di ritornare in patria), e la circostanza dell'essere il figlio nato nel regno, inducono a credere che nell'animo di questi potranno moltissimo le tradizioni del luogo ov'è nato, e che il padre voglia il figlio cittadino del paese per il quale, colla lunga dimora, ha manifestato tanta predilezione.

Si ha tuttavia una mera presunzione, e perchè si tratta di presunzione, la volontà del *presunto* cittadino interviene per confermarla o per distruggerla. La distrugge *espressamente,* quando entro l'anno dalla età maggiore determinata secondo le leggi del regno, (essendo presunto cittadino, son queste leggi che si devono applicare)

elegga la qualità di straniero, facendone la dichiarazione davanti l'ufficiale dello stato civile della sua residenza, o, se si trova in paese estero, davanti a regi agenti diplomatici o consolari (*C. 5*); *tacitamente*, quando ponga in essere uno dei fatti per cui è di diritto perduta la qualità di cittadino, e ciò argomentando ad analogia. La conferma solo *tacitamente* (espressamente no, perchè ha già in suo favore la *presunzione* di cittadinanza), quando lasci decorrere il termine di un anno dall'età maggiore senza eleggere la qualità di straniero, o non abbia in altro modo fatto cessare la presunzione.

La volontà che si determina contro la *presunzione di cittadinanza*, non è *rinuncia alla cittadinanza*, non perdita di questa: chè non esistendo definitivamente, non può essere perduta, nè oggetto di rinuncia. Trattandosi di presumere la *volontà* quanto alla scelta dello stato di cittadinanza, la volontà manifestata validamente (raggiunta l'età maggiore), deve avere il sopravvento sulla presunzione della legge.

2° Lo *stato di presunta cittadinanza* appartiene pure ai figli minori dello straniero, il quale abbia avuto la naturalità per legge o decreto reale.

3° La seconda ipotesi concerne la *presunzione* dello stato di straniero. I casi nei quali questa ha luogo rispondono a quelli indicati rispetto alla presunzione di cittadinanza, ma in essi difettano le circostanze sulle quali si fondava la presunzione; così, nel primo caso il figlio nato in *paese estero* (*C. 6*), e nel secondo il figlio nato da straniero che non abbia da dieci anni fissato il suo domicilio nel regno (*C. 8*). Tuttavia, se per la mancanza delle condizioni volute non si potè dare lo stato di *presunta* cittadinanza, non venne dato in modo assoluto quello di straniero, che vien solo *presunto:* e questo per la determinazione effettiva della cittadinanza presenta facilità molto maggiore di quanta non ne abbia chi sia veramente straniero.

La *volontà* legittimamente dichiarata, fissa lo stato in modo definitivo, o confermando la presunzione, o distruggendola. La distrugge, quando il *presunto straniero* elegge la qualità di cittadino *espressamente* o *tacitamente*; il primo modo ha luogo quando: *a*) ne faccia dichiarazione entro l'anno dall'età maggiore (determinato secondo

le legge personale sua, essendo reputato straniero) avanti l'ufficiale dello stato civile della sua residenza, o se si trova in paese estero davanti i regi agenti diplomatici e consolari, e, *b*) entro l'anno dalla fatta dichiarazione fissi nel regno il suo domicilio, con che dimostra la *serietà* della dichiarazione fatta. Il secondo modo è dato dai fatti i quali contengono la manifestazione di tale volontà; consistono (*C. 6*): *a*) nell'accettare un impiego pubblico nel regno; *b*) nell'aver servito o nel servire nell'armata nazionale di terra o di mare; *c*) o nell'avere soddisfatto alla leva militare senza invocarne esenzione per la qualità di straniero.

Conferma finalmente la presunzione, quando lasci decorrere il termine notato senza fare la dichiarazione contraria, o quando fatta la dichiarazione, non fissi nel tempo voluto la residenza nel regno.

In questa posizione di *stato presunto di straniero* si trovano pure i figli minori del cittadino che abbia perduto la cittadinanza (v. § 32, B in f.).

B. *Cittadinanza acquisita per matrimonio.*

L'interesse della famiglia, i rapporti fra i coniugi e fra questi e la prole, sarebbero male guarentiti, se una legge personale governasse i diritti rispettivi del marito e della moglie; perciò la cittadinanza del marito, capo della famiglia, è comunicata alla moglie straniera in seguito al matrimonio (*C. 9*). Questo diritto com'è acquistato, non cessa collo scioglimento del vincolo che ne fu causa, e la donna lo conserva anche vedova (*C. 8*); ma quando il vincolo venisse meno per nullità, non avrebbe più ragione di essere, a meno che il matrimonio non fosse stato dalla donna contratto in buona fede, nel quale caso produrrebbe a di lei vantaggio tutti gli effetti civili (*C. 116*).

C. *Cittadinanza acquisita per concessione dello Stato.*

La cittadinanza può essere conceduta dallo Stato, e la concessione viene, quanto agli effetti, detta *naturalità*. Questa è *grande* o *piccola*, secondochè venga accordata per *legge* o per *decreto reale*,

e la differenza è data dal godimento di diritti politici inerenti alla grande e non concessi alla piccola (*C. 10*).

Perchè il decreto reale sia efficace è necessario: *a*) che lo straniero (il quale non avesse già fissato domicilio nel regno) lo fissi entro sei mesi dalla data del decreto (arg. *C. 10*, 2° al.); *b*) che entro lo stesso termine, a pena di decadenza, faccia registrare il decreto dall'ufficiale dello stato civile del luogo ove ha fissato, od intende fissare il domicilio; *c*) che davanti allo stesso ufficiale presti giuramento di essere fedele al re, ed osservare lo statuto e le leggi del regno (*C. 10*, 1° al.). Condizioni non necessarie quando la naturalità sia accordata per legge.

La mutazione dello stato di cittadinanza derivante da questo mezzo non può non influire sullo stato della famiglia, della quale il naturalizzato è il capo. Perchè tale influenza deriva dai rapporti fra il capo ed i membri della famiglia, essa concerne solo le persone soggette alla sua potestà, maritale o patria, la moglie ed i figli minori; e perchè si tratta di cambiare uno stato che la moglie ed i figli minori avevan di già, non parve conveniente e giusto che lo dovessero mutare per la semplice volontà del capo della famiglia, e si richiese che la *loro volontà* concorresse per determinare la modificazione al loro stato di cittadinanza. Questa espressione di volontà risulta dal *fissare la loro residenza nel regno*; e siccome rispetto ai figli minori, a causa della loro posizione giuridica, la fissazione di residenza non sarebbe valida dichiarazione di volontà, così essa produce solo una presunzione di cittadinanza, che i figli possono confermare, o distruggere, eleggendo la qualità di straniero (*C. 10* 3° al.) entro l'anno dall'età maggiore determinata secondo le leggi del regno (v. il § 32 *C*, 1).

§ 33. — *Perdita della cittadinanza.*

V. fonti cit. nel § 32.

La cittadinanza si perde:

I. per *volontà* del cittadino; non riconoscere all'investito di questa qualità il diritto di rinunciarvi, sarebbe stata oppressione ingiusta a danno dell'individuo che dev'esser libero di portare la propria attività nell'associazione politica che più stimi convenire ai

suoi bisogni, ai suoi negozî; e sarebbe stato non vantaggio ma danno alla patria, la quale deve contare non su cittadini che sien tali per forza della legge, ma per libera elezione, per sentimento profondo.

La volontà diretta alla perdita della cittadinanza è efficace in quanto dichiarata da chi sia *capace* di volere giuridicamente: e quando lo sia colle forme volute dalla legge, non può essere impugnato da alcuno; può essere manifestata:

a) ***espressamente:*** questa ***rinuncia*** va fatta con dichiarazione davanti l'ufficiale dello stato civile del proprio domicilio; perchè consti della sua ***serietà*** e non si apra un facile adito alle frodi aventi a scopo l'esonerarsi da obblighi imposti al cittadino, la dichiarazione non vale se non è seguita dal trasferimento della residenza in paese estero (*C. 11*); è questione di fatto il decidere se questo trasferimento di residenza sia stato fatto ***realmente;***

b) ***tacitamente***, mediante fatti sui quali cotesta volontà sia contenuta, e cioè:

α) coll'avere *ottenuto* la cittadinanza in paese estero: perchè non si può essere cittadini di due patrie; se la cittadinanza fosse stata ottenuta non mercè domanda, ma per concessione spontanea dal governo straniero, si avrebbe un fatto non posto in essere dalla volontà dell'interessato, il quale perciò non può perdere il suo stato di cittadino (*C. 11*, 2°);

β) coll'avere accettato ***senza permissione del governo*** un impiego governativo (non da altra autorità o da altro privato) all'estero, qualunque sia poi questo impiego: o coll'essere *entrato al servizio militare* di potenza estera, quando ciò sia dipeso dalla volontà dell'individuo, e non da obbligo imposto dallo Stato straniero.

In questi due casi, la volontà è manifestata nel primo dalla incompatibilità fra due cittadinanze; e nel secondo, i fatti non sarebbero per sè sufficienti a dimostrare in modo assoluto la volontà contraria a tenere lo stato di cittadino, onde occorre che abbiano avuto luogo ***senza permissione del governo***, sia che questa non sia stata chiesta, o chiesta, sia stata rifiutata. Chiesta ed ottenuta tale permissione, il cittadino spoglia i fatti dell'apparenza di forza che avrebbero, dacchè attesta quale effettivamente sia il proprio intendimento quanto al conservare lo stato di cittadinanza; ma è

d'uopo che l'assenso del governo sia stato accordato prima dell'accettazione dell'impiego all'estero, e dell'entrata al servizio militare di potenza estera (*C.* ***11***, 3°).

Come si avvisò rispetto all'acquisto della cittadinanza per naturalità (§ 32, *C* in fine), gli effetti della perdita fattane dal capo della famiglia si ripercotono sulle persone soggette alla di lui potestà, la moglie ed i figli minori, ai quali la perdita si estende; anche qui è tuttavia necessario qualche atto che dimostri in essi la volontà di seguire il cambiamento di stato, e lo si ha nel *trasferimento della residenza all'estero* (*C.* ***11***. cap.). Cotesto atto non vale tuttavia per i figli minori dichiarazione legittima di volontà, ch'essi non possono fare: ond'è che la legge li *presume* stranieri, salvo ad essi il confermare o distruggere questa presunzione entro l'anno dall' età maggiore determinato secondo le leggi del paese estero del quale sono *presunti* cittadini (*C.* ***11*** e ***6***, v. § 32 *B*).

La volontà manifestata efficacemente fa così perdere la cittadinanza al rinunciante; ma questi non rimane perciò esente dagli obblighi del servizio militare, nè dalle pene comminate a chi porti le armi contro la patria. Nel primo caso sono le ragioni supreme della difesa nazionale che s'impongono, specie quando si consideri che col permettere la rinuncia alla cittadinanza, si aprirebbe l'adito ai cittadini malvolenti di liberarsi dall'obbligo maggiore incombente ad essi in siffatta qualità; nel secondo domina il principio che non è lecito portare le armi contro il paese al quale si è appartenuti come cittadini. Ciò non avviene quando si tratti di *presunto* cittadino che abbia eletto qualità di straniero (§ 32 *B*); mancandogli questo stato effettivo, non si può a suo riguardo parlare di *perdita*.

II. La cittadinanza si perde pure dalla donna cittadina in conseguenza del *matrimonio* che abbia contratto con uno straniero (*C.* ***14***); l'importanza del matrimonio; gli effetti che ne derivano sì per i coniugi che per la prole, i riguardi che gli si debbono quale base della famiglia, come giustificano la cittadinanza data alla straniera che sposi un cittadino, così dimostrano la perdita che della cittadinanza fa la cittadina che sposi uno straniero. Non si ha quindi una pena, ma un effetto necessario del matrimonio; e perchè, a differenza di quanto avviene per la rinunzia, la donna non perde la cittadinanza per volontà diretta a cotesto fine, la perdita avviene solo

quando col fatto del matrimonio acquisti la cittadinanza del marito (*C. 14*). Il *matrimonio* produce l'effetto indicato quando contratto validamente; annullato che fosse, cesserebbe la causa della perdita della cittadinanza, a meno che per essere stato contratto in buona fede da entrambi i coniugi, o dalla donna, non producesse a vantaggio di questa effetti civili.

§ 34. — *Riacquisto della cittadinanza.*

V. fonti cit. nel § 32.

Il riacquisto della cittadinanza può solo aver luogo quando sia stata *perduta;* cosicchè non si estende al caso in cui la *elezione* abbia fatto cessare la *presunzione di cittadinanza*, perchè lo stato di cittadino non era accertato, e la legge stessa ha ricorso per determinarlo definitivamente alla volontà dell'interessato. Chi elegge la qualità di straniero fa cadere la presunzione che lo faceva considerare come cittadino, e perciò nel *riacquistare* la cittadinanza non può essere pareggiato al cittadino, il quale l'abbia perduta; potrebbe averla solo per legge o decreto reale.

Due quindi sono i casi nei quali la cittadinanza perduta può essere riacquistata:

1° Se fu perduta per volontà *espressa*, chi vuole riacquistarla deve: *a*) rientrare nel regno con *permissione speciale* del governo, riconoscendo così l'autorità della patria nel cui seno ritorna; il fatto dell'essere rientrato senza tale permissione, non ha verun effetto quanto al riacquisto della cittadinanza; *b*) dichiarare davanti l'uffiziale dello stato civile di fissare il suo domicilio nel regno, e fissarlo realmente entro l'anno. Se fosse perduta per volontà *tacitamente* manifestata, alle due condizioni ora notate è d'uopo aggiungerne altra, e cioè *c*) che faccia cessare il fatto dal quale fu determinata la perdita della cittadinanza: rinunciare quindi: α) alla cittadinanza straniera, oppure β) all'impiego, o γ) al servizio militare *accettato* in paese estero (*C. 13*, v. § 32). Queste condizioni devono concorrere.

2. Se fu perduta dalla cittadina italiana col maritarsi ad uno straniero, sciolto il matrimonio (cessata la causa della perdita) per morte del marito (o per divorzio), essa può ricuperare la cittadi-

nanza concorrendo le seguenti condizioni: *a*) che rientri nel regno, *se già non vi risiedeva;* a differenza di quanto avviene per la perdita a causa di rinunzia, non è necessaria la *permissione speciale* del governo, giacchè indipendentemente dalla sua volontà, la donna perdette la cittadinanza; *b*) che in ambedue i casi dichiari davanti l'ufficiale dello stato civile di volervi fissare il suo domicilio; la condizione del fissarlo realmente entro l'anno, quando non risiedesse nel regno, non è richiesta, tenuto conto della causa che nella specie ha determinato la perdita (*C. 14*).

3. A questi tre casi la dottrina ne aggiunge un quarto, lo *smembramento del territorio*, avvenuto in seguito a conquista, od a trattati stipulati per altra causa. Gli abitanti domiciliati nel territorio ceduto allo stato straniero, diventano così cittadini di questo.

§ 35. — *Norme comuni all'acquisto e riacquisto della cittadinanza.*

V. fonti cit. nel § 32.

La cittadinanza è acquistata o riacquistata dal giorno successivo a quello nel quale furono adempiute le condizioni e formalità volute all'uopo (§§ 31, 33, *C. 15*); nè fa difficoltà il caso in cui l'acquisto avvenga per *elezione*, giacchè questa separa nettamente i due stadi: 1° presunzione di stato straniero, e 2° cittadinanza, cosicchè non può retroagire per il tempo del primo stadio; o separa 1° la presunzione di cittadinanza, e 2° la cittadinanza effettiva, e i due stadi rimangono sempre distinti: è a notare come la questione della retroattività qui non abbia più valore, dacchè anche nel primo stadio si avesse la *cittadinanza*, sebbene per sola presunzione.

§ 36. — *Diritti dei cittadini e degli stranieri.*

V. fonti cit. nel § 32.

Il cittadino (persona naturale) gode dei diritti civili (oltrechè dei politici) quando non ne sia decaduto per condanna penale; e le *persone giuridiche* hanno pure cotesto godimento entro i limiti voluti dalla loro natura. La legge non volle adottare rispetto agli stranieri il sistema della *reciprocità*, concedendo cioè diritti civili

solo agli stranieri il cui stato li concedesse ai nazionali, e nella misura della concessione: poichè i diritti civili attengono piuttosto alla *persona* che al cittadino, lo straniero venne ammesso al godimento dei diritti civili attribuiti ai cittadini (*C. 3*). Questa è la regola, limitata da qualche eccezione indicata nella legge (p. es. lo straniero non può essere teste in un testamento *quando non sia residente nel regno, C. 788*, e la esclusione è legittimata dall'indole dell'atto, e dalla funzione del testimonio), e non suscettibile di essere estesa con interpretazione ad analogia: essa riguarda *i soli diritti civili*, e ne è escluso perciò il diritto di incolato (dir. di non essere espulso dal territorio nazionale con provvedimento dell'autorità amministrativa) che partecipa tanto del diritto civile che del politico, dacchè il concetto di *territorio nazionale* non si possa scindere dall'altro di *Stato*, dell'*associazione politica* che in esso ha vita, svolge la sua attività, e che per il suo *territorio speciale* esiste, ed è distinto come Stato.

Le persone giuridiche straniere perchè esistenti nello Stato estero come *persone*, hanno il godimento dei diritti civili inerenti alla natura loro: salve le disposizioni che, a cautela dei terzi, può imporre la legge nazionale nell' ammetterle a cotesto godimento (*C.* comm. *229-232*).

§ 37. — *Stato di famiglia.*

La distinzione fra persone *sui iuris* ed *alieni iuris* non vale più nel diritto odierno a designare persone che, soggette a potestà, non avevano in forza di cotesta dipendenza capacità giuridica, o l'avevano diminuita; la *patria potestà* si presenta come uno dei modi coi quali è attuata la protezione verso coloro che per ragione di età non possono provvedere a sè ed alle cose proprie. Malgrado questo carattere, la *patria potestà* ha note particolari che la specializzano sia per le persone che le esercitano, sia per i diritti competenti a chi la esercita (*usufr. legale*), e per le persone rispetto alle quali ha luogo:

1° Compete ai genitori (*C. 220*), ma è esercitata dal *padre*, e solo in sua mancanza, dalla *madre* (*C. 220*).

2° Le persone che vi sono soggette sono i *figli*. Questi si distinguono in:

a) ***legittimi***, quando nati da matrimonio validamente contratto, o solo in buona fede; e si comprendono pure sotto tale denominazione i *legittimati* (naturali legittimati), e gli ***adottivi***;

b) ***naturali***, quando nati fuori di matrimonio (o da matrimonio non contratto in buona fede). Fra i naturali si tien nota speciale dei figli α) ***adulterini***, nati da due persone delle quali una al tempo del concepimento fosse legata in matrimonio ad altri; e β) (*C* ***180***, 1°) degli ***incestuosi***, nati da due persone, fra le quali a cagione della parentela ed affinità non era possibile il matrimonio (*C.* ***180***, 2°). I figli adulterini e gli incestuosi non possono essere riconosciuti, e sono colpiti da incapacità a succedere (*C.* ***180***: ***752***, ***767***).

La patria potestà si esercita sui figli legittimi; sui naturali riconosciuti, come tutela legale.

§ 38. — *Parentela.*

SAVIGNY, § 54; WINDSCHEID, § 56*a*, *b*; VANGEROW, §§ 35; 43-45; BRINZ, §§ 36-43; BEKKER, § 58; ARNDTS-SERAFINI, §§ 38, 39; HUBER, § 13; SIEBENHAAR, § 28; AUBRY et RAU, §§ 67 e seg.; LAURENT, II, nn. 347-353.

C. c. it., a. 48-51; C. c. fr. a. 735-738; C. c. austr., § 41-43; C. c. sass., §§ 48-50; C. c. neerl., a. 345-349; C. c. della Rep. Arg., art. 352-362; C. c. messic., art. 190-197.

I. *de grad. cogn.* (III, 6); *D.*, *de gr. ed affin.* (XXXVIII, 10).

Parentela è il vincolo che unisce le persone, delle quali una discende dall'altra, e che tutte discendono da uno stipite comune (*C.* ***48***); è ***naturale*** o ***civile*** secondochè è determinata da vincolo di sangue, o dal legame civile dell' ***adozione***; la ***naturale*** non è riconosciuta dalla legge oltre il *decimo grado* (*C.* ***48***, al.), perchè a tale distanza il vincolo del sangue e l'affetto scambievole che ne consegue, son così affievoliti da non avere più importanza speciale veruna.

La *parentela naturale* può essere ***semplice*** o ***doppia***, se uno o più sono i vincoli cui dà causa; la sua prossimità si stabilisce secondo il numero delle generazioni (*C.* ***49***), e in essa vanno consi-

derati il *grado* e la *linea;* il *grado* è formato da chiascheduna generazione (*C. 49*, al.), e la *linea* dalla serie dei gradi (*C. 50*); la linea si suddistingue in *retta* e *collaterale*.

1° È *retta* la linea contenente la serie dei gradi tra le persone che discendono l'una dall'altra, e si divide (*C. 50*, 1ª al.) in *ascendente (linea superiore)* e *discendente (linea inferiore)*: l'una lega una persona a coloro dai quali essa discende, l'altra lega lo stipite con quelli che ne discendono (*C. 50*, 2ª al.); nell'una si ascende da una persona ai suoi autori, nell'altra si discende dallo stipite ai discendenti.

2° È *collaterale* la linea risultante dalla serie dei gradi tra le persone che hanno uno stipite comune senza discendere le une dalle altre (*C. 50*).

3° Il grado della parentela si computa nelle due linee in base al numero delle generazioni: *tot sunt gradus quot sunt generationes*. La regola si applica egualmente per le due linee retta e collaterale (*C. 51*); nella prima si computano altrettanti gradi quante sono le generazioni, non compreso lo stipite; nella seconda si computano le generazioni salendo da uno dei parenti fino allo stipite comune, e da questi discendendo all'altro parente, non compreso parimenti lo stipite (Per es. nella linea retta padre e figlio sono parenti in primo grado; nella collaterale i fratelli e sorelle fra loro, in secondo grado, zio e nipote in terzo, ecc.).

Nella linea collaterale è a notare che i *fratelli* e le *sorelle* si distinguono in *germani, consanguinei, uterini*, secondochè discendono dagli stessi genitori, o da padre comune e madre diversa, o da madre comune e padre diverso.

§ 39. — *Affinità*.

V. fonti cit. nel § prec.
C. civ. it., a. 52; C. c. austr., § 40; C. c. sass., § 50; C. c. neerl. a. 350-352; C. c. della Rep. Arg., a. 363-364.

L'affinità è il vincolo fra un *coniuge* ed i *parenti* dell'altro coniuge (*C. 52*); gli affini di un coniuge non sono più affini dell'altro, nè gli affini dei coniugi sono affini tra loro (*adfinitas non parit adfinitatem*). Per il concetto stesso dell'affinità, si estende a lei la

norma del computare il grado nella parentela; cosicchè nella linea e nel grado in cui *taluno è parente con un coniuge* è *affine dell'altro coniuge* (*C. 52*, 1° al.).

Collo scioglimento del matrimonio per la morte del coniuge dal quale l'affinità deriva, gli effetti di questo vincolo non cessano, nè importa il distinguere se dal matrimonio siasi avuta o no prole, salve alcune eccezioni specialmente determinate, nelle quali è disposto il contrario.

§ 40. *Domicilio.*

SAVIGNY, §§ 350 e segg.; WINDSCHEID, § 36; VANGEROW, § 41; ARNDTS-SERAFINI, § 40; AUBRY et RAU, § 141-146; LAURENT, I, nn. 65-113; BIANCHI, I, p. 456 e seg.

C. civ. it., a. 16-19; C. c. fr., 102-111; C. c. neerl. a. 74-82; C. c. port., a. 40-54; C. c. della Rep. Arg., a. 89-102; C. c. mess., art. 26-42; C. c. dell'Urug., a. 24-38; C. c. del Guatem., a. 60-83; C. c. del Chilì, a. 59-70.

L'interesse della persona come soggetto di diritti; l'interesse dei terzi, l'interesse sociale ch'è legato alla determinazione del dove ciascheduno esercitando la propria attività dà luogo a rapporti di diritto, richiedono che sia accertata la *sede giuridica* della persona. Perchè cotesta designazione fosse fatta nel modo più sicuro, più generale, la legge dà il criterio che lo stabilisce; domicilio *civile* (il quale si differenzia dal *politico*, che è quello dove il cittadino esercita i diritti politici, e che può essere in altro luogo che il civile) *il luogo ove la persona ha la sede principale dei propri affari ed interessi* (*C. 16*). La entità giuridica del *domicilio*, oltrechè dalle ragioni per le quali fu definita dalla legge, è fornita pure dalla nozione di *residenza* che gli è opposta, e ch'è il *luogo ove la persona ha la dimora abituale* (*C. 16*, al.), e dall'altra di *abitazione*, diversa da *residenza* solo perchè non è *dimora abituale*, ma *dimora accidentale* in un luogo. Il concetto della *dimora* è contenuto nella residenza (e nell'abitazione) non nel *domicilio;* nella residenza si bada perciò alla dimora di fatto, al *fatto*, mentre nel domicilio si ha solo una *finzione* della legge, per cui si presume una persona sempre presente in esso, tuttochè in realtà risieda al-

trove. La certezza di questa sede, richiesta dalla necessità che sia da tutti conosciuto il luogo dove uno esercita la propria capacità giuridica, è il motivo della finzione, ma questa si poggia sopra un elemento di fatto, ch'è la *sede principale degli affari ed interessi.*

La importanza di cotesta determinazione consta pure dal riferirvisi che la legge fa in molti casi speciali; per es., la successione si apre al momento della morte, nel luogo dell'ultimo domicilio del defunto (**C. 923**); il pagamento, salve certe eccezioni, va fatto al domicilio del debitore (**C. 1249**). Ciò non toglie che in qualche caso per la insufficienza della finzione rispetto allo scopo dell'atto ch'è regolato dalla legge, questa dia il sopravvento alla residenza; p. es., le pubblicazioni matrimoniali *devono* esser fatte nel comune in cui ciascuno degli sposi ha la sua residenza (**C. 71**); ed in altri casi è pareggiato l'effetto del domicilio e quello della residenza, come avviene per la competenza giudiziaria in ordine all'azione personale ed all'azione reale su beni mobili (**C.** di p. c. **90**, pr. e 1° al.).

Il concetto del domicilio quale venne indicato sin qui, si riferisce al domicilio detto *generale*, che differisce dallo *speciale*, perchè non concerne l'esercizio di un singolo diritto, non tocca un determinato affare od atto, ma la generalità dei diritti (civili) di cui si può essere soggetto; il d. *generale* è detto pure *ordinario* (o *reale*), e lo *speciale* è detto *elettivo* (o *di elezione*), ed anche *fittizio*, perchè, di regola, è creato dalla volontà delle parti.

La necessità di una determinazione del *domicilio* generale data dalla legge, dimostra come 1° non si possano avere più domicilii (generali), perchè in difetto si avrebbe non certezza ma incertezza della sede giuridica di una persona; può avvenire che la stessa persona abbia più centri di affari, specie se commerciante, che una società di commercio eserciti la propria azienda in diversi luoghi, ed in tal caso il *domicilio* sarà determinato dal luogo ove si ha effettivamente il centro generale degli affari, la loro direzione ed amministrazione; 2° per la ragione enunciata, niuna persona può essere senza domicilio: il che non toglie che questo possa non essere conosciuto.

a) L'esistenza del domicilio generale dipende dalla *legge* che l'attribuisce (domicilio *necessario*), o dalla *volontà* della persona (domicilio *volontario*). Il domicilio *necessario* ha luogo, 1° rispetto

ai *minori* non *emancipati*, i quali hanno il domicilio del padre o della madre o del tutore (*C. 18*), dacchè presso queste persone, alla cui potestà od autorità sono soggetti, si *presume* esistere il *centro* dei loro interessi; l'ultimo domicilio (assegnato così dalla legge) che si aveva prima di raggiungere l'età maggiore, o di ottenere la emancipazione, toglie nome di domicilio *di origine*, e sebbene sia conservato dal maggiore o dal minore emancipato, al momento in cui avviene il cangiamento di stato, diventa *volontario*, perchè non dipende più dalla presunzione della legge, ma dalla volontà (tacitamente dimostrata col fatto); 2° la moglie, *non legalmente separata* (*C. 18*) ha il domicilio del marito, ch'è il capo della famiglia; con ciò, se il domicilio continua nello stesso luogo in cui la donna l'aveva da nubile, si può avere il cangiamento *della natura* di esso, quando da *volontario* diventi *necessario*, e ciò importa il divieto di un ulteriore cangiamento dipendente dalla volontà; 3° il maggiore interdetto ha il domicilio del tutore, ed anche qui, quando il domicilio continuasse nel luogo in cui si aveva prima della interdizione, cangia natura, quando da volontario che era, diventa necessario. In queste tre ipotesi, la prima dà il *domicilio di origine*, e le altre due un cangiamento nella natura del domicilio, a causa del cangiamento di stato della persona, sebbene possa avvenire talvolta che, malgrado tale cangiamento, la natura del domicilio non muti; per es., quando la donna escisse dalla potestà paterna o dall'autorità tutoria per andare a nozze, ed il *luogo* del domicilio rimanesse immutato; quando il maggiore escisse dall' età minore per entrare in istato d'interdizione, ed il domicilio non mutasse quanto al luogo.

A) Il domicilio *volontario* dipende dalla volontà della persona; così, chi diventato maggiore conserva il domicilio di origine, ha tuttavia un domicilio *volontario;* così pure la moglie quando sia legalmente separata non ha più come domicilio necessario quello del marito, non essendo più quello il *centro* de' suoi affari, e può sceglierne altro; se lo conserva, il domicilio sarà *volontario* (*C. 18*); così la donna che rimasta vedova conserva il domicilio del marito (*C. 18*); parimenti il maggiore ch'esce dallo stato d'interdizione.

b) Il cangiamento del domicilio (non rispetto alla semplice natura di esso, ma al luogo) avviene per effetto *della legge* o della

volontà della persona. Il primo caso (cangiamento *necessario*) si ha per il minore che segue il cangiamento di domicilio del padre o della madre o del tutore (arg. *C. 18*); della moglie che prima del matrimonio avesse altro domicilio diverso da quello del marito, che dopo il matrimonio è pure il suo (*C. 18*); del maggiore interdetto, che prima della interdizione fosse domiciliato in altro luogo da quello del tutore, il cui domicilio ha, per legge, pronunciata che sia la interdizione (*C. 18*, 2° al.). Nelle due ultime ipotesi il cangiamento di domicilio del marito o del tutore ha, effetto necessario per la moglie e per l'interdetto.

Il cangiamento *volontario* richiede, perchè possa essere efficace, il concorso di due elementi: *a*) il *fatto* del trasferimento della *residenza* in un altro luogo, *b*) colla *intenzione* di fissarvi la sede principale de' proprii affari (*C. 17*). La *intenzione* risulta, *a*) dalla *doppia* dichiarazione fatta all' ufficio dello stato civile del comune che si abbandona, e a quello del comune in cui si fissa il domicilio, oppure, *b*) da altri fatti che valgano a dimostrarla; per es. la vendita dei beni che si avevano nel comune ove si abitava precedentemente, e l'acquisto di altri nel luogo ove si ha l'abitazione attuale; il pagamento d'imposte personali, l'esercizio continuo di un commercio o d'un'industria nel luogo ove fu trasferita la nuova abitazione.

c) La *perdita* del domicilio non può avvenire in modo assoluto, perchè niuna persona può esserne priva; in forza del cangiamento di esso, ha luogo sì la perdita del domicilio precedente, ma in pari tempo è acquistato il nuovo; non si ha cioè perdita del primo senza l'acquisto del secondo. Così, la vedova conserva il domicilio del marito finchè non ne abbia acquistato un altro (*C. 18*).

B) Il domicilio *elettivo* è quello che viene costituito (eletto) per certi affari od atti (*C. 19*), i quali perciò vengono distratti dal domicilio generale della persona; esso spiega efficacia solo per gli affari in ordine a cui venne eletto, cosicchè possono sussistere senza opposizione il domicilio *generale* e lo *speciale* per un atto determinato, od anche più domicili speciali per più affari.

Il carattere giuridico del domicilio elettivo è, ch'è di regola costituito dalla volontà delle parti: e perchè contiene, rispetto a certi affari, una deroga all' istituto del domicilio generale, così la sua elezione deve risultare da atto scritto (*C. 19*, al.), sebbene non sia neces-

sario che di essa consti nell'atto relativo all'affare cui si riferisce, potendo risultare da atto posteriore; e non occorrono pure termini formali che lo dichiarino, bastando che la volontà delle parti sia chiara. Trattandosi di convenzione, il magistrato, quando occorra, può ricercare quale sia stata effettivamente su questo punto, la volontà delle parti. Quanto al luogo ove il domicilio è stato eletto, può avvenire che sia lo stesso ove si ha il domicilio *generale*, e l'elezione varrà in tal caso per impedire che il cangiamento del domicilio generale produca effetto per l'atto in ordine al quale esso ha avuto luogo.

Si deducono da ciò le differenze fra il domicilio *generale* e lo *speciale:* l'uno è determinato dalla legge o dalla volontà della persona, l'altro esiste solo mercè la *elezione,* la dichiarazione di volontà, sebbene in qualche caso eccezionale sia imposto dalla legge (*C. 88, 1987, 2°*, ecc.); l'uno non passa ai successori, e l'altro è trasmesso col negozio cui si riferisce; e mentre l'uno può essere cambiato a volontà dalla persona, l'altro non lo può senza il consenso delle parti interessate nell'atto per il quale venne eletto; il domicilio *generale* esiste indistintamente per tutti gli affari ed atti (regola), lo speciale per *certi affari* od atti (eccezione), e mentre non si possono aver più domicilii generali, è permesso averne più speciali.

Gli effetti della elezione di domicilio vanno considerati: *a*) in ordine alla elezione in sè; e *b*) in ordine alle persone fra cui esiste il negozio cui si riferisce la fatta elezione.

a) Sotto il primo aspetto, si deve distinguere fra il caso in cui siasi eletto domicilio in un dato luogo, senza indicare la persona presso la quale la elezione è fatta, dal caso opposto: la elezione è valida anche senza la indicazione della persona, e varrà ad attribuire al giudice del luogo il potere di decidere le controversie che possono sorgere sull'affare per il quale il domicilio venne eletto. Se oltre il luogo venne indicata la persona, presso questa si possono fare tutte le notificazioni relative all'affare; e le relazioni fra chi ha eletto domicilio e la persona presso la quale venne eletto, saranno di *mandato,* cosicchè varranno in proposito tutte le norme del mandato relative ai diritti ed obblighi delle parti, nonchè alla estinzione sua.

b) Sotto il secondo aspetto, o la elezione del domicilio ha avuto

luogo nell'interesse del creditore od in quello del debitore che l'ha fatta; la persona nel cui interesse fu costituito il domicilio speciale, potrà, ove voglia, non valersi di tal vantaggio, e far seguire perciò gli atti presso il domicilio generale dell'obbligato; ma quest' ultimo non potrà cangiarlo senza il consenso della parte nel cui interesse venne fatta la elezione, non potendole togliere il diritto che ha. S'intende che non potrà cangiarlo rispetto al *luogo;* ma lo potrà quanto alla *persona* presso la quale il domicilio fu eletto, giacchè questa circostanza non ha influenza sugli effetti della elezione; a meno che non si fosse convenuto diversamente, o, cosa non facilmente avverabile, nell'interesse del creditore si fosse effettuato non solo la elezione quanto al *luogo*, ma anche rispetto alla persona presso la quale venne fatta.

§ 41. — *Dell'assenza* (1° e 2° periodo).

AUBRY et RAU, §§ 147-161; LAURENT, I, nn. 114-150; BIANCHI, I, p. 517 e segg.; DEMOLOMBE, *Traité de l'absence* (ed. 1881).

C. c. it., a. 20-35; 40-47; C. c. fr., a. 112-128; 134; 140-142; C. c. austr., § 276; C. c. neerl., a. 519-539; 549-554; 544; C. c. port., a. 55-96; C. c. mess., art. 696-756; 767-771; C. c. del Guat., a. 84-99; 107-113; C. c. dell'Urug., a. 54-71; 78-84.

A. All'istituto del domicilio (e della residenza) si connette l'altro dell'*assenza:* assente (nel senso giuridico) si dice la persona che abbia cessato di comparire nel luogo del suo ultimo domicilio o dell'ultima sua residenza, senza che se ne abbiano notizie (***C. 20***). In cotesto fatto sta la *presunzione di assenza* (il primo periodo dell'istituto in esame); non perchè sorga dubbio sulla vita dell'assente: ma per la protezione che spiega a favore degli associati, la legge si preoccupa dell'abbandono nel quale l'assente ha lasciato le cose sue, e provvede a che gli interessi non ne vadano in rovina; ed il suo intervento non tocca solo gli interessi particolari dell'assente, ma quelli che altri hanno sul di lui patrimonio, e che se non lo sono attualmente, possono diventare veri diritti (successione). Quest'intervento negli affari del privato, perde ogni carattere di arbitrarietà non solo per i motivi che lo hanno consigliato, ma per le condizioni sotto le quali si esercita, e che costituiscono gli *effetti* della presunzione di assenza:

a) Il tribunale civile dell' ultimo domicilio o dell' ultima residenza dell'assente (la competenza è determinata dall'interesse della *persona*) può nominare chi rappresenti l'assente in giudizio, o nella formazione degli inventari e dei conti, e nelle liquidazioni e divisioni in cui egli sia interessato, e *dare gli altri provvedimenti che siano necessarii alla conservazione del suo patrimonio* (*C.* **21**); a tale *conservazione* è diretta la cura che la legge ha del patrimonio dell'assente;

b) Il tribunale può provvedere solo dietro istanza degli *interessati* (qualunque interessato, trattandosi di atti conservativi, e perciò anche i creditori dell'assente), o degli eredi presunti, o del pubblico ministero;

c) Il tribunale provvede, quando non vi sia alcun procuratore (*generale* o *speciale*); se questi vi fosse, l'assente avrebbe con ciò dimostrato di aver cura dei propri interessi, e non sarebbe perciò legittimo l'intervento dell'autorità giudiziaria; ma se il procuratore fosse nominato per certi affari (proc. *speciale*), o vi fossero atti che egli non potesse validamente compiere, il tribunale potrà provvedere per ciò che il procuratore non potesse fare in virtù del mandato o della legge (*C.* **21**, al.).

Cessa la presunzione di assenza, *a*) se si avessero notizie dell'assente; *b*) se ne fosse accertata la morte; *c*) colla *dichiarazione di assenza*.

B. Il continuare della presunzione di assenza per parecchio tempo, pone il legislatore nella necessità di adottare provvedimenti più energici che non siano quelli diretti alla semplice *conservazione* del patrimonio, e che dànno luogo ad una vera *amministrazione* dei beni dell'assente; ciò avviene nel secondo periodo, ch'è il primo della *dichiarazione di assenza* (la *immissione nel possesso temporaneo dei beni*). Non è che la legge presuma la morte dell'assente, o che voglia avvantaggiare la persona che chiama all' amministrazione; è solo l'interesse dell'assente, i cui affari possono aver danno dal prolungato abbandono, e richiedono attendenza più diretta di quanto avvvenga durante il primo periodo. La dichiarazione dell'assenza è pronunciata:

a) dal tribunale civile dell'ultimo domicilio o dell'ultima residenza dell'assente (*C.* **22**);

b) sulla instanza di persone appartenenti ad ordini determinati (non si provvede qui per atti *conservativi*, ma per l'*amministrazione* dei beni dell'assente): 1° dei presunti eredi legittimi, e, in loro contraddittorio, dei testamentari (quando conosciuti, per es., istituzione per testamento olografo in potere dello stesso erede); 2° di chiunque creda di avere sui beni dell'assente *diritti dipendenti dalla morte di lui* (*C. 22*);

c) la instanza può essere fatta solo dopo tre anni continui di assenza presunta (e cioè computati dal *giorno cui risalgono* le ultime notizie dell'assente); o dopo *sei* se l'assente lasciò *procuratore per amministrare* (procuratore *generale*), perchè ciò dimostrerebbe già l'intenzione di assentarsi per qualche tempo dal domicilio.

Le formalità perchè la dichiarazione sia pronunciata, sono: *a*) Il tribunale verifica se occorrono le condizioni per l'ammissibilità delle domande, ed in caso affermativo ordina che siano assunte informazioni; questo provvedimento è pubblicato alla porta dell'ultimo domicilio o dell'ultima residenza dell'assente, e notificato alle persone in contraddittorio delle quali fu proposta la domanda, ed al procuratore dell'assente (*C. 23,* al. 1°), che perciò possono opporre la inesistenza dei fatti allegati; un estratto del provvedimento è pure pubblicato due volte coll' intervallo di un mese nel giornale degli annunci giudiziari del distretto, e nel giornale ufficiale del regno, e si dà così la pubblicità maggiore alla instanza, sia per la gravità degli effetti, sia perchè l'assente, se in vita, ed altre persone che vi abbiano legittimo interesse (*C. 22*) possano averne cognizione; *b*) assunte le informazioni, e trascorsi *almeno* sei mesi dalla seconda pubblicazione, il tribunale pronunzia sulla domanda di dichiarazione dell'assenza (*C. 24*), e la sentenza sarà notificata e pubblicata come il provvedimento che ordina l'assunzione d'informazioni (*C. 25*).

Due sono gli *effetti* della dichiarazione di assenza: 1° la immissione nel possesso temporaneo dei beni dell'assente, che costituisce il secondo periodo dell' assenza; 2° la immissione nel possesso definitivo, che costituisce il terzo periodo. Di quest'ultimo, nel quale domina la presunzione della *morte* dell'assente, s'è detto in ordine alla estinzione della persona naturale.

Col secondo periodo dell'assenza, la immissione nel possesso provvisorio, si volle dare un'amministrazione al patrimonio dell'assente, e la legge chiama a questa funzione quelle persone le quali, per i diritti eventuali che possono avere questi beni, hanno interesse a bene amministrarli. A questo scopo, trascorsi sei mesi dalla seconda pubblicazione della sentenza che dichiara l'assenza, il tribunale sulla instanza di chiunque crede avervi interesse, o del pubblico ministero, ordina l'apertura degli atti di ultima volontà dell'assente, se ve ne sono: e 1° gli eredi testamentari dell'assente in contraddittorio degli eredi legittimi: 2° *in mancanza* di eredi testamentari, quelli che sarebbero stati eredi legittimi, se l'assente fosse morto nel giorno a cui risale l'ultima notizia della sua esistenza: 3° ovvero, i rispettivi loro eredi, possono domandare la immissione nel possesso temporaneo dei beni: 4° i legatari, i donatari, e tutti coloro che avessero sui beni dell'assente diritti dipendenti dalla condizione della morte di lui, possono chiedere, in contraddizione degli eredi, di essere ammessi all'esercizio temporaneo di quei diritti. Quest'ordine è spiegato dal criterio dell'interesse maggiore che le persone indicate possono avere sul patrimonio o parte di beni speciali di esso.

Il coniuge dell'assente, in virtù della qualità sua, oltre ciò che gli spetta in forza delle convenzioni matrimoniali e per titolo di successione, può *in caso di bisogno*, ottenere dal tribunale una pensione alimentaria da determinarsi secondo la condizione della famiglia e la entità del patrimonio dell'assente (*C.* **26**, 4° al.).

Il carattere di amministrazione che il provvedimento ha, e cioè di amministrazione imposta dalla legge, spiega perchè nè gli eredi, nè le altre persone alle quali è dato il diritto di chiedere la immissione nel possesso temporaneo dei beni, o nell'esercizio dei loro diritti eventuali, non vi siano ammesse se non mediante cauzione nella somma che è determinata dal tribunale (*C.* **26**, 3° al.); qualora non possano dare cauzione, il tribunale può ordinare quelle altre cautele che stimerà convenienti per *l'interesse dell'assente,* avuto riguardo alla qualità delle persone, alla loro parentela coll'assente, ed alle altre circostanze (*C.* **27**). Spiega pure, perchè coloro che hanno ottenuto l'immissione nel possesso temporaneo debbano far procedere all'inventario dei beni mobili, ed alla descrizione dei beni dell'assente.

In conseguenza sempre del carattere anzidetto, si spiegano: *a*) i *diritti* e *b*) le *obbligazioni* degli immessi in possesso.

a) 1. Amministrano il patrimonio dell'assente, ma non possono senza l'autorizzazione giudiziale alienare nè ipotecare i beni *immobili*, nè fare alcun altro atto eccedente la semplice amministrazione; quanto ai beni mobili (nell'interesse dell'assente, per il facile deterioramento di questi beni) il tribunale può ordinare, ove sia d'uopo, la vendita in tutto od in parte dei beni mobili, ed in tal caso ne sarà impiegato il prezzo (*C. 29*);

2. Rappresentano l'assente in giudizio; ond'è che dopo la immissione temporanea nel possesso dei beni, chiunque abbia ragioni da far valere contro l'assente, deve proporle contro coloro che hanno ottenuto la immissione in possesso (*C. 35*).

3. Quanto all'attribuzione dei frutti del patrimonio, la legge concilia l'interesse dell'assente (che nel caso di ritorno non deve trovarsi privo di quanto gli abbisogna) con quello dei chiamati ad amministrare, dai quali non si potrebbe pretendere che senza compenso abbiano l'onere e la responsabilità dell'amministrazione. Ma tenendo conto di quelle persone che per ragione di stretta parentela sono per sè garanzia degli interessi dell'assente, si sono distinte tre ipotesi: 1° gli ascendenti, i discendenti ed il coniuge immessi nel possesso temporaneo dei beni ritengono a loro profitto la totalità della rendita; 2° se gli immessi sono parenti entro il sesto grado, debbono riservare il quinto della rendita nei primi dieci anni dal giorno dell'assenza; e di seguito sino ai trent'anni, il decimo; 3° se sono parenti in grado più remoto, od estranei, debbono riservare il terzo della rendita nei primi dieci anni, e di seguito sino ai trent'anni, il sesto. Nei due ultimi casi, trascorsi trent'anni, la totalità della rendita appartiene in ogni caso agli immessi in possesso (*C. 30, 31*); e tale gradazione nell'assegnamento della rendita dipende da ciò, che le riserve successivamente fatte, in entità distinte, sino ai trent'anni dal giorno dell'assenza, sono sufficienti allo scopo per cui esse sono ordinate; l'assente, quando ritornasse potrebbe con esse provvedere a quanto gli occorre, od a quanto gli è più urgente. D'altra parte, il prolungarsi dell'assenza fa dubitare che l'assente sia sempre in vita, sebbene la presunzione di morte non entri menomamente nello spirito dell'istituto in esame.

b) 1° Gli immessi in possesso devono tenere nell'amministrazione loro affidata la diligenza di un buon padre di famiglia: secondo questa norma generale (*C. 1224*), rispondono verso l'assente quando questo ritorni, o verso gli altri cui per diritto prevalente passi in seguito l'amministrazione per immissione nel possesso temporaneo;

2° Debbono, nei casi espressi dalla legge, conservare a favore dell'assente una parte della rendita.

Siccome la immissione ha luogo a titolo di amministrazione, e la legge l'accorda tenendo conto dell'interesse dell'assente, sebbene nella scelta delle persone ad amministrare abbia badato all'interesse di chi ha speranze di diritti o diritti eventuali sul patrimonio dell'assente; così, non dovendosi ritenere l'immissione come apertura provvisoria (concetto inesattissimo) della successione dell'assente, gli immessi non avranno diritto di domandare riduzioni di donazioni, o attuare altri istituti riferentisi essenzialmente alla successione. Essi non sono nel possesso come *successori*, ma come *amministratori;* quindi potranno, per comodità di amministrazione, dividere il patrimonio, ma questo non vale come divisione provvisoria, e tanto meno definitiva dell'eredità dell'assente, del quale, in questo periodo, la legge non presume la morte.

Potrebbe avvenire che alcuno avesse, avanti il tempo da cui parte la presunzione di assenza, diritto prevalente od eguale a quello che aveva la persona che ottenne la immissione nel possesso; il non aver chiesto la immissione non può valere decadenza del suo diritto, e perciò può agire contro l'immesso, per escluderlo se ha un diritto prevalente, o perchè gli venga associato, se ha un diritto eguale (*C. 32*). Nei due casi non ha diritto sui frutti che la persona precedentemente immessa avesse percepito prima della domanda giudiziale (*C. 32*), perchè, a parte la questione della buona fede onde origina il diritto ai frutti percetti (*C. 703*), i frutti sono compenso per l'amministrazione, e questa venne tenuta *con diritto* dall'immesso anteriormente sino al giorno della domanda giudiziale.

Cessa la immissione nel possesso temporaneo dei beni:

1° *a*) se l'assente ritorna; oppure *b*) se ne viene provata la esistenza; ma in questa seconda ipotesi, dal giorno cui rimontano le sue ultime notizie può decorrere nuovamente la presunzione di assenza, e quindi l'autorità giudiziaria può ordinare le relative

cautele di conservazione e di amministrazione (*C.* ***33***). Cessando gli effetti della dichiarazione di assenza, i possessori temporanei dei beni debbono farne restituzione con la parte di rendita conservata all'assente a norma di legge (*C.* ***33,*** 1°); e rispondono dei danni derivanti da negligenza imputabile ad essi.

2° Se fosse provata la morte dell'assente: in tal caso, il possesso temporaneo non ha più ragione di essere, e si apre la successione a vantaggio di coloro che al tempo della morte dell'assente erano suoi eredi legittimi, testamentari, o dei loro successori; a queste persone gli immessi nel possesso temporaneo dovranno restituire i beni, e la parte conservata della rendita (*C.* ***34***).

C. Sin qui vennero considerati gli effetti dell' assenza rispetto al *patrimonio* dell'assente, e che sono diversi secondo i due periodi che sono la presunzione di assenza, e la dichiarazione di assenza in ordine alla immissione nel possesso provvisorio. I due periodi producono tuttavia effetti eguali rispetto alle persone:

1° dei *figli:* se il presunto assente lascia figli in *età minore,* la loro madre assume l'esercizio della patria potestà (*C.* ***220,*** 46). Se la madre non fosse vivente allorchè si verifica la presunzione di assenza, o morisse prima che l'assenza venisse dichiarata, o si trovasse nell'impossibilità di esercitare la patria potestà, la cura dei figli è dal consiglio di famiglia conferita agli ascendenti prossimi nell'ordine stabilito dalla legge (*C.* ***244***) ed in mancanza di questi ad un tutore *temporaneo* (*C.* ***47***);

2° del *coniuge:* perchè il matrimonio *contratto* dal coniuge di un assente non può essere impugnato finchè dura l'assenza (*C.* ***113,*** al.; v. il § 26).

I due periodi producono effetti comuni anche in ordine al patrimonio, rispetto alle ragioni eventuali che possono competere all'assente (*C.* ***42-45***); del che si disse nello studiare la questione sulla fine dell'esistenza della persona naturale, e del terzo periodo dell'assenza, nel quale predomina la presunzione di morte dell'assente (v. il § 26).

CAPITOLO III.

Prova dello stato. Atti dello Stato civile.

§ 42. — *Generalità.*

AUBRY et RAU, §§ 58-68; LAURENT, I, nn. 27-63; 393-429.
C. c. it., a. 350-405; C. c. fr., a. 34-101; C. c. neerl., a. 13-78.
R. Decreto 15 novembre 1865.

Allo scopo di attestare con mezzo uniforme di prova i fatti relativi alla *esistenza*, nonchè allo stato di cittadinanza, ed il fatto che è base dei rapporti costituenti il diritto di famiglia, è ordinato l'istituto dello *stato civile*, nel quale si comprendono gli atti (***R. D.***, 44 e segg.) di *nascita*, di *morte*, di *cittadinanza* e di *matrimonio*.

I. Gli atti di nascita, di matrimonio e di morte debbono essere formati nel comune in cui tali fatti accadono (***C. 350***); essi vanno compilati in seguito a dichiarazione fatta da chi ne ha il potere, sia (***C. 350***) personalmente, sia per mezzo di rappresentante (a meno che la legge non ordini la comparizione personale, ***C. 94***, ***130***, ***132***, ***354***), all'ufficiale dello stato civile, che le dà il carattere di autenticità, nel senso che effettivamente ebbe luogo; l'ufficiale deve essere competente per ragione di territorio, e gli atti pei quali non lo fosse, ma che dalla legge è autorizzato a ricevere, vanno da lui trasmessi, entro un breve termine designato, all'ufficio competente (***C. 379*** e ***397***). La dichiarazione va fatta in presenza di due testimoni scelti dalle parti interessate, di anni ventuno compiti e residenti nel comune (***C. 351***), i quali accertano la conformità delle dichiarazioni all'atto che ne è seguito.

L'atto deve contenere l'enunciazione del comune, casa, anno, giorno, ora, in cui è formato: le generalità dell'ufficiale, delle persone intervenute, e la menzione dei documenti presentati dalle parti; va letto dall'uffiziale ricevente, nella lingua che è intelligibile agli intervenuti e di questa formalità va fatto ricordo (***C. 352***); finalmente, è sottoscritto dai dichiaranti, dai testimoni, dall'ufficiale, e se quelli non sapranno firmare sarà ricordata la causa

che ne li impedisce. In questi atti l'uffiziale non può enunciare altre dichiarazioni od indicazioni oltre le stabilite e permesse per ciascun atto (*C.* ***355***).

Gli atti sono scritti in appositi registri che son tenuti in doppio originale (*C.* ***356***); perchè ne sia resa impossibile l'alterazione, la legge ha stabilito diverse cautele: *a*) la *vidimazione* dei fogli fattane dall'autorità competente, che nella prima pagina ne indica il numero (*C.* ***357***); *b*) la *scritturazione*, che va fatta di seguito, senza spazii in bianco, senza abbreviature; le date vanno scritte in tutte lettere, e le cancellazioni e postille vanno approvate e firmate prima della chiusa degli atti (*C.* ***358***); *c*) le *annotazioni* ad un atto scritto, che si fanno a margine di questo quando siano ordinate legalmente, e si eseguiscono dall'uffiziale dello stato civile nei registri correnti e depositati negli archivi del comune, e dal cancelliere per quelli che fossero depositati nella cancelleria del tribunale. Perciò, entro tre giorni, l'uffiziale dello stato civile deve darne notizia al procuratore del re, che cura sia l'annotazione identica nei due registri (*C.* ***359***); *d*) la *chiusura* del registro che va fatta a fin d'anno, con dichiarazione dell'uffiziale dello stato civile subito dopo l'ultimo atto, ed il *deposito* che di uno degli originali va fatto entro quindici giorni presso la cancelleria del tribunale, ove saranno depositate le carte e procure annesse agli atti (*C.* ***361***), rimanendo l'altro negli archivi comunali (*C.* ***360***); e finalmente, la *sorveglianza* che per la esatta tenuta dei registri è affidata al procuratore del re (*C.* ***365***).

I registri dello stato civile sono pubblici, e perciò l'uffiziale non può ricusarne gli estratti ed i certificati negativi (*C.* ***362***); fanno fede, sino a querela di falso, dei fatti che l'uffiziale abbia dichiarato seguiti alla sua presenza; le dichiarazioni delle parti fanno fede solo sino a prova contraria, e le enunciazioni estranee non hanno valore (*C.* ***363***).

Se all'atto mancasse alcuno de' requisiti *essenziali*, sarebbe inesistente. Se poi l'atto stesso mancasse per non essere tenuti i registri, o perchè questi siano stati distrutti o smarriti in tutto od in parte, o vi sia stato interruzione nel tenerli, il Tribunale sulla instanza del procuratore del re, può ordinare che siano rifatti con atti giudiziali di notorietà (*C.* ***366***): dai quali se fosse accertata la celebrazione di

matrimonio fatto avanti un ufficiale incompetente, e fosse spirato il termine per agire, è ordinata la trasmissione di copia autentica dell'atto all'ufficiale ch'era competente (*C.* ***366***, al.). In cotesti casi è ammessa qualunque prova, a meno che i fatti, onde deriva la mancanza dell'atto, non dipendessero da dolo del richiedente (*C.* ***364***).

1. Gli atti dello stato civile ricevuti all'estero fanno fede se ricevuti secondo le forme volute dalla legge del luogo (*C.* ***367***), e ne va entro tre mesi fatta la trasmissione all'ufficio dello stato civile, che sarebbe stato competente a riceverli, se fatti nel regno: il che pure ha luogo se gli atti fossero ricevuti dai regi agenti diplomatici o consolari, cui è affidato l'ufficio dello stato civile per i cittadini residenti all'estero (*C.* ***367*** al.; ***368***).

2. Per gli atti concernenti il re e la famiglia reale, s'hanno disposizioni speciali sulla designazione dell'ufficiale dello stato civile, e sugli archivi ove i registri vanno conservati (*C.* ***369***, ***370***).

3. Le contravvenzioni alle disposizioni della legge negli atti dello stato civile, sono punite, instandovi il pubblico ministero, dal tribunale con pena pecuniaria da lire dieci a lire ducento (*C.* ***404***); se l'alterazione o l'omissione fossero causate da colpa, oltre le sanzioni stabilite dalle leggi penali, vi è luogo a risarcimento di danni (*C.* ***405***).

§ 43. — *Degli atti speciali e delle loro rettificazioni.*

V. fonti cit. nel § prec.

Le diverse formalità stabilite per la redazione degli atti speciali tendono all'unico scopo di constatare minutamente, con tutta esattezza, il fatto che si riferisce allo stato della persona.

1. Le norme sull'acquisto, sulla perdita e sul riacquisto della cittadinanza indicano quale sia il contenuto delle dichiarazioni riferentisi a cotesti atti da stendersi giusta le apposite formalità (R. decr., 44 e segg.).

2. La dichiarazione di *nascita* sarà fatta all'uffiziale di stato civile del luogo nei *cinque* giorni successivi al parto (*C.* ***371***), e se fatta posteriormente, si deve osservare il procedimento statuito per la rettificazione degli atti dello stato civile (*C.* ***372***); sarà al-

tresì presentato il neonato all'uffiziale, sebbene questi, concorrendo circostanze gravi, possa dispensare da cotesta formalità, *accertandosi* altrimenti della verità della nascita (*C. 371*). Hanno *obbligo* di fare la dichiarazione: 1° il padre od un suo procuratore speciale; 2° in mancanza, il dottore di medicina e chirurgia o la levatrice, o qualche altra persona che abbia assistito al parto; 3° se la puerpera era fuori della sua ordinaria abitazione, il capo di famiglia, o l'ufficiale dello stabilimento ove seguì il parto; 4° chiunque trovi un bambino è tenuto a farne consegna all'uffiziale dello stato civile, con le vesti ed altri oggetti trovati presso il medesimo, dichiarando le circostanze di tempo e di luogo in cui è stato ritrovato; l'atto che si distenderà sarà inscritto sui registri (*C. 377*); 5° la direzione d'un pubblico ospizio, al quale sia stato consegnato il bambino (*C. 378*). Ha solo *facoltà* di farla, la madre o altra persona munita di suo speciale mandato (*C. 373*): non altri. L'atto di nascita che viene disteso immediatamente in seguito alla dichiarazione (*C. 373* in f.), deve enunciare il comune, il giorno e l'ora della nascita, il sesso del neonato, ed il nome che gli è stato dato; se non ne fu dato veruno, vi supplirà l'uffiziale dello stato civile. Deve contener pure, quando occorrano, le seguenti enunciazioni speciali: *a*) *se la nascita è di unione legittima:* il nome, cognome e professione e domicilio dei genitori; *b*) *se è da unione illegittima: e la dichiarazione è fatta dai genitori o da un solo di essi,* le generalità dei genitori o del solo genitore dichiarante; *c*) nel *medesimo caso, se la dichiarazione è fatta da altre persone,* si enuncierà il solo nome, cognome, professione e domicilio della madre quando *da atto autentico* consti il suo consenso alla dichiarazione (*C. 375, 376*); *d*) se il parto è gemello, ne sarà fatta menzione in ognuno dei due atti, esprimendo chi nacque primo, chi secondo (*C. 374*, 2 al.); *e*) se al momento della dichiarazione il bambino non fosse vivo, l'uffiziale dello stato civile esprimerà questa circostanza, senza tener conto della dichiarazione che il bambino sia nato vivo o morto (*C. 374* in f.).

Se il bambino fosse nato durante un viaggio di mare, l'atto di nascita si formerà entro le ventiquattro ore dal capitano o padrone della nave, o da chi ne fa le veci, se il bastimento è privato, e dal commissario di marina o chi ne fa le veci, se della regia marina; l'atto sarà inscritto a piè del ruolo di equipaggio (*C. 380*); e copia

autentica verrà, da chi lo ha ricevuto, depositato presso il regio agente diplomatico o consolare, se il primo porto ove il bastimento approda è estero, o se è nel regno presso l'autorità marittima, affinchè sia trasmesso all' ufficiale competente se la nascita fosse seguita nel regno (*C. 381*).

3. L' atto *di riconoscimento* sarà inscritto sui registri; e se vi è atto di nascita se ne farà menzione in margine (*C. 382*).

4. L'atto *di matrimonio* contiene, oltre le indicazioni necessarie ad accertare la identità delle persone, la enunciazione dell'adempimento delle formalità precedenti la celebrazione, e delle altre relative a questa (*C. 383*); se il matrimonio fosse dichiarato nullo con sentenza irrevocabile, ne viene, a spesa dell'attore e per cura del cancelliere, rimessa copia autentica all'ufficio ove venne celebrato, onde tenerne nota in margine all'atto di matrimonio (*C. 384*).

5. L'atto *di morte* è steso dall'uffiziale dello stato civile *dopo la dichiarazione* fattane da due testimoni che ne siano informati (*C. 386*). Sono *obbligati* a farla: 1° entro ventiquattro ore il superiore dell'ospedale, collegio od altro istituto nel quale sia avvenuta la morte (*C. 388*); 2° I custodi e carcerieri sono tenuti a dare immediatamente avviso della morte seguita nelle prigioni, case di arresto o detenzione (*C. 393*); 3° i cancellieri daranno entro le ventiquattro ore dall'esecuzione di una sentenza di morte le notizie necessarie (*C. 394*); 4° risultando segni od indizi di morte violenta, l'uffiziale di polizia che avrà steso il processo verbale, dovrà trasmettere all'uffiziale dello stato civile le notizie enunciatevi, in conformità alle quali verrà steso l'atto di morte (*C. 390*); per un senso di pietà in questi ultimi *tre* casi (2, 3, 4) non si farà nei registri menzione delle circostanze in cui è avvenuta la morte (*C. 395*).

Non si può dare sepoltura al cadavere, se non precede l'autorizzazione dell'uffiziale dello stato civile (l'uffiziale personalmente o per mezzo di un suo delegato, deve, prima di accordarla, accertarsi della morte seguita), e se non sono trascorse ventiquattro ore dalla morte, salvo i casi espressi nei regolamenti speciali (*C. 385*). Qualora risultino segni od indizi di morte violenta, o vi sia luogo a sospettarla per altre circostanze, non si può seppellire il cadavere prima che l'uffiziale di polizia giudiziaria, assistito da un medico o chirurgo, abbia steso il processo verbale sopra lo stato del cadavere, e le cicostanze re-

lative, come anche sulle notizie che avrà potuto raccogliere sulle generalità del defunto (*C. 389*).

Quando la morte avvenga su un bastimento, si devono compiere le formalità delle quali è occorso dire in ordine alla nascita (*C. 380, 381*); se tutte le persone fossero naufragate, l'autorità marittima farà inserire una dichiarazione autentica sui registri di ciaschedun comune cui appartenevano le persone morte; e se nel naufragio non tutti fossero periti, ma fra i periti vi fossero gli uffiziali incaricati della redazione dell'atto, gli atti di morte, sulle dichiarazioni dei superstiti, sono fatte dai regi consoli all'estero, e nel regno dalle autorità marittime (*C. 396*).

I. Gli atti dello stato civile dei militari in campagna sono ricevuti dagli impiegati designati nei regolamenti: devono esser poi mandati al ministero di guerra o di marina, perchè siano trasmessi all'ufficiale di stato civile che sarebbe stato competente a riceverli (*C. 398-400*).

II. I registri dello stato civile, malgrado tutta la diligenza e le guarentigie ordinate dalla legge, possono contenere degli errori, che, per l'importanza e la destinazione stessa dell' istituto, devono essere rettificati. Perchè di questa rettificazione sia constatata la necessità e la esattezza, le domande per ottenerla vanno dirette al tribunale da cui dipende l'uffizio dello stato civile, presso cui esiste l'atto da rettificare (*C. 401*); la sentenza di rettificazione passata in giudicato, va per copia autentica depositata presso l'ufficio di stato civile, ove ne è pur fatta annotazione a margine dell'atto rettificato (*C. 403*): essa si può opporre solo a chi concorse a chiedere la rettificazione, o venne chiamato regolarmente nel giudizio (*C. 402*).

§ 44. — *Di altri atti relativi allo stato di persone incapaci.*

La legge dà regole intorno ai *registri* relativi alla tutela ed alla cura di persone incapaci (*C. 343* e segg.): se ne terrà parola nel trattato su questi due istituti.

CAPITOLO IV.

Degli oggetti del diritto (cose, beni).

§ 45. *Concetto delle cose, dei beni.*

WINDSCHEID, §§ 42, 137-142; VARGEROW, §§ 61-71; BRINZ, §§ 124, 144; ARNDTS-SERAFINI, §§ 48-53; DERNBURG, *Pand.*, I, §§ 67-76; BEKKER, § 70; HÖLDER, §§ 30-33; UNGER, §§ 45 e segg.; FÖRSTER, I, §§ 20 e seg.; DERNBURG, I, §§ 60 e seg.; SIEBENHAAR, §§ 36-42; STOBBE, § 63; BESELER, §§ 72 e segg.; HERRERO, p. 263 e segg.; NASMITH, II, cit.; AUBRY et RAU, §§ 162, 166, 169; DEMOLOMBE, *Tr. de la distinct. d. biens* (4ª ed. 1881).

C. c. it., a. 406; C. c. austr., §§ 285, 291-293, 301; C. c. sass., § 58; C. c. neerl., a. 555; C. c. port., a. 369; C. c. della Rep. Arg., a. 2311, 2324; C. c. del Guat., a. 503, 507; C. c. dell'Ur., a. 412, 422; C. c. del Chilì, a. 565, 575.

S'intende per *cosa* tutto ciò che in natura esiste (o può esistere) e su cui la persona può esercitare azione; in senso più esteso, come la *persona* è il *soggetto* del diritto, la cosa ne costituisce l'oggetto. Il concetto di *cosa* differisce dall'altro di *beni*, perchè quest'ultimo è più limitato; *beni* sono le cose sulle quali la volontà, l'azione della persona (*naturale* o *giuridica*) può agire esclusivamente (appropriandosele) per la utilità che prestano, e l'insieme dei beni forma il *patrimonio* della persona, tuttochè sia più esatto dire il patrimonio « l'insieme dei rapporti di cui una persona è soggetto attivamente o passivamente ».

Le *cose* si possono considerare o come entità distinte, *cose singole*, o nell'*insieme* risultante da più cose singole (*universitas*): di modo che in quest'ultimo caso, non ciascuna delle cose singole componenti l'*universitas* sia oggetto del diritto, ma il solo *insieme*, l'*universitas rerum*. Di questa *universalità*, quella detta *di fatto*, e risultante dall'insieme di singole cose corporali, non ha per sè alcuna importanza giuridica, tranne in quanto la volontà delle parti non l'avesse considerata tale; mentre è invece riconosciuta dalla legge l'esistenza giuridica della *universalità di diritto* (*univ. iuris*), risultante dall'insieme di cose corporali ed incorporali, ristrettamente alla figura dell'*eredità*. A questa la legge intende riferirsi semprechè parla di *universalità* (un. *di mobili*, *C.* ***694*, *717***).

Le *cose* si distinguono diversamente, secondochè sono studiate in relazione: *A*) alla loro entità giuridica; *B*) alle persone cui possono appartenere; *C*) ad altre cose.

§ 46. *Distinzione delle cose:* A) *rispetto alla loro entità.*

V. fonti cit. nel § prec.

A) Sotto il primo aspetto sono distinte in:

1° *Corporali* ed *incorporali*. Corporali sono quelle (*quae tangi possunt*) che cadono sotto il dominio dei sensi (*cosa* in senso ristretto); incorporali quelle la cui esistenza è puramente intellettuale (*quae in iure consistunt*) quali sarebbero i *diritti* in sè, non le cose che ne sono oggetto (per es., diritto di *obbligazione*, di *usufrutto*, ecc.).

2° *Fungibili* e *non fungibili:* le prime son quelle delle quali una può essere sostituita ad altra che ne abbia i medesimi caratteri (per es. il *denaro*); si hanno le seconde quando perchè determinate come un *corpo certo* non possono essere surrogate da altre. Questa distinzione ha grande affinità al modo diverso di considerare le cose nel loro *genere, o* nella *specie;* nell'un caso la cosa appartenente ad un genere, può essere sostituita da cosa appartenente allo stesso genere, ed avente eguale quantità e qualità (*res quae pondere, numero, mensurave constant)*; nell'altro la cosa è considerata per sè, individualmente, cosicchè non vi ha possibilità di sostituirla con altra, tuttochè ne abbia i medesimi caratteri. La volontà delle parti può influire per dare ad una cosa il carattere di fungibile o di non fungibile, mentre per sè la cosa avrebbe altra qualità: quale sia la intenzione delle parti in proposito, si deve dedurre, in mancanza di accenno espresso, dal modo col quale nell'obbligazione venne considerata la cosa.

3° *Consumabili* e *non consumabili*, secondochè si consumano o no con l'uso ordinario che ne venga fatto: quando l'uso sia possibile senza che ad ogni momento di esso corrisponda una distruzione, anche minima, della cosa, questa si dirà non consumabile. La distinzione or fatta non si confonde con l'altra delle cose fungibili e non fungibili, perchè vi ha molte cose fungibili, e non

consumabili; ma vi ha attinenza, perchè le cose consumabili sono fungibili (per es. il denaro).

4° *Divisibili* ed *indivisibili*, secondochè sono suscettibili o no di divisione *materiale* o solo *intellettuale*. La divisione materiale è possibile, quando ciascheduna delle parti presenta una natura identica a quella che aveva il tutto nel quale era compresa (per es. la *parte di un fondo*), e come tale ha consistenza propria, determinata; la divisione intellettuale si ha, quando il *diritto* sulla cosa non divisa o non divisibile materialmente, appartenga a più persone, cosicchè apparisca come distribuita in quote ideali (per es., un terzo, un quarto della cosa). Fra le cose indivisibili ha grande importanza la *servitù* prediale.

5° *Immobili* e *mobili:* è questa la divisione della quale la legge ha tenuto maggior conto (*C. 406*), per la gravità degli effetti che ne emanano. Il legislatore inspirandosi al vecchio (ed oggi inesatto) concetto « *res mobilis, res vilis* » ha circondato delle maggiori cautele i beni immobili; per questi non ha luogo la massima « in fatto di mobili il possesso val titolo per il terzo possessore di buona fede (*C. 707*) », ed il loro possesso è tutelato coll'azione di manutenzione (*C. 694*), che in ordine ai mobili è dato solo per le universalità (di diritto); la vendita di beni immobili deve risultare da atto pubblico o scrittura privata (*C. 1314*); per essa è dato al venditore il rimedio della lesione (*C. 1529*); solo sugli immobili può essere costituita la ipoteca (*C. 1967*), e solo gli atti che trasferiscono la proprietà di immobili o costituiscono o trasferiscono diritti reali su essi, vanno resi pubblici colla trascrizione (*C. 1932*). In materia di procedura, è poi la situazione dell'immobile su cui cade controversia, che determina la competenza territoriale.

§ 47. — *Dei beni immobili:* α) *per natura.*

AUBRY et RAU, §§ 163, 165; LAURENT, V, 406-495; STUBENRAUCH, *Comm. z. allg. österr. b. Ges.* (V., ed. 1887), §§ 293-298.

C. c. it., a. 407-415; C. c. fr., a. 517-526; C. c. austr., §§ 293-298; C. c. neerl., a. 562-564; C. c. port., a. 374-375; C. c. della Rep. Arg., a. 2314-2317; C. c. mess., a. 782; C. c. del Guat., a. 504, 505; C. c. dell'Ur., a. 415-418; C. c. del Chilì, a. 568-573.

I *beni immobili* sono tali α) per natura, β) per destinazione, γ) per l'oggetto cui si riferiscono.

Sono beni immobili *per natura* quelli che non si possono trasportare da uno in altro luogo, cosicchè questa categoria dovrebbe comprendere appena il *suolo* e le *res soli;* ma la legge la estende nella enumerazione che dà, a tutte le cose che siano congiunte al suolo, quasi ne facciano parte. Essa qualifica immobili per natura: I° i terreni, le fabbriche, i mulini ed *altri edifizi* (enunciazione dimostrativa) fissi su pilastri, *o* formanti parte di una fabbrica (*C. 408*); basta l'una o l'altra delle due condizioni: perchè, in ciaschedun caso l'edificio accederebbe al suolo; 2° gli alberi sono immobili, finchè non vengono atterrati (*C. 410*), perchè incorporati al suolo, ma ciò non toglie che le parti in un contratto possano considerare le piante non ancora atterrate come se fossero mobili, per es., se fossero oggetto di vendita; 3° i frutti della terra e degli alberi non per anco raccolti o separati dal suolo (*C. 411*), perchè incorporati direttamente al suolo, od indirettamente per mezzo degli alberi da cui pendono; costituiscono *res nova*, diventano mobili, a misura che sono raccolti o separati dal suolo, quantunque non siano trasportati altrove, salvo che la legge disponga altrimenti. Eccezionalmente, i frutti pendenti possono essere oggetto di pignoramento (*C.* p. c. *606* e segg.); 4° le sorgenti, i serbatoi, ed i corsi d'acqua; i canali che deducono le acque in un edifizio o fondo sono pure immobili, e fanno parte dell'edifizio o fondo, a cui le acque devono servire (*C. 412*).

Sin qui del suolo, e delle cose che essendogli incorporate, hanno perciò carattere di immobilità per natura; v'ha altre cose che non aderenti strettamente al suolo, gli sono tuttavia unite, e perciò la legge le *reputa* immobili per natura; così: i mulini, bagni e tutti gli altri edifizi galleggianti, ove siano e debbano essere con corde o catene saldamente attaccati ad una riva, e su questa trovisi una fabbrica espressamente destinata al loro servizio, sono considerati come *formanti una cosa sola con la fabbrica loro destinata*, e col diritto che ha il proprietario di tenerli anche sopra acque non sue (*C. 409*).

§ 48. — Cont.: β) *per destinazione.*

V. fonti cit. nel § prec.

I beni immobili per destinazione sono costituiti da cose che per sè sarebbero mobili, ma si trovano col fondo in relazione di stretta dipendenza, essendo destinate a renderlo produttivo (*coltivazione, etc.*) od alla sua utilità od ornamento (*pertinenza?* v. § 53); posto tal rapporto fra il fondo e la cosa, la qualità di quello che è l'elemento *principale,* riveste anche la cosa ch'è destinata al suo servizio; questo, la destinazione cioè della cosa, le dànno il carattere di immobile come il fondo cui pertiene, e sinchè questa destinazione duri. Esiste la destinazione per la utilità del fondo, solo quando sia effettuata da chi ha potere di disporre della cosa destinata, e diritto di curare questa utilità in vista d'un interesse diretto sul fondo; pertanto ogni possessore *legittimo* (poss., *a. domini, C. 686*) potrà dare alla cosa siffatta destinazione, ed immobilizzarla; la legge tien parola del *proprietario* del fondo, ma qui si comprende tanto chi effettivamente lo è quanto chi *apparisce* tale.

L'utilità del fondo, in ordine alla cosa mobile che vi è destinata, esiste, *a*) se la destinazione sia fatta per la coltivazione e per il servizio di essa (*C. 413*), e, *b*) se gli oggetti mobili sono annessi ad un fondo od edificio per rimanervi stabilmente (*C. 414*): così si ha la destinazione *a scopo industriale*, e la destinazione per *l'unione stabile della cosa* al fondo. Esse differiscono, perchè nell'una l'immobilizzazione è data dal *servizio* al fondo nel quale le cose sono *poste*, e basta che ciò esista senza che sia d'uopo vi siano poste *stabilmente* e *perpetuamente*, potendo non prestarsi a ciò la natura delle cose stesse (per es. *animali*), o della coltivazione, od industria per il cui vantaggio la destinazione ha luogo; nella seconda, siccome la immobilizzazione è data dall'*unione* della cosa, questa deve essere *stabile;* nell'una basta sia la cosa *posta* nel fondo alla cui industria concorre; nell'altra deve essere *unita* al fondo.

Appartengono alla prima ipotesi (destinazione a scopo *industriale*): 1° gli animali addetti alla *coltura* del fondo, ed il genere di cultura, i bisogni di essa indicano qual sia il servizio, e perciò la destinazione degli animali (per es. la *concimazione*); 2° gli strumenti ru-

rali; 3° la paglia, lo strame ed il concime; 4° i piccioni delle *colombaie*, i conigli delle *conigliere*, gli *alveari*, i pesci della *peschiera*, perchè l'industria di tener colombaie o conigliere, ecc., non può essere sfruttata senza gli animali che vi siano addetti: 5° i torchi, le caldaie, i lambicchi, i tini e le botti; 6° gli utensili necessarii a fucine, cartiere, mulini ed altre fabbriche (*C.* ***413***, al. 1-10).

Il proprietario può immobilizzare per destinazione, anche se consegni la cosa all'affittuario, o mezzaiuolo le cose che destina al servizio e coltivazione del fondo; sono perciò immobili: 1° il fieno e le sementi che abbia somministrato ad essi; 2° ed in genere, tutte le cose che, nell'interesse della coltivazione e del servizio del fondo, siano state consegnate dal proprietario all'affittuario od al mezzaiuolo (*C.* ***413***, al. 3, 11). Non fa difficoltà il caso che la consegna degli animali sia seguìta mediante *stima*, perchè questa non trasferisce nell'affittuario o mezzaiuolo la proprietà della cosa, ma la pone a suo rischio, e la loro immobilizzazione dura finchè in forza della convenzione restano addetti al fondo (*C.* ***413***, al. 11); ciò si ha anche quando gli animali fossero consegnati all'affittuario od al mezzaiuolo a soccio o soccida, perchè dal proprietario si ebbe sempre in vista l'interesse del fondo dato in affitto o mezzadria; ma qualora si trattasse di soccio o soccida con altre persone, questo interesse non vi è, questa destinazione manca, e gli animali si reputano beni mobili (*C.* ***413***, al. 11).

Appartengono alla seconda ipotesi (destinazione mediante *unione stabile*) tutti gli oggetti che vi stanno attaccati (requisiti della *stabilità*) con piombo, gesso, calce, stucco ed altro, o che non se ne possono staccare senza rottura o deterioramento, o senza rompere o guastare la parte del fondo o dell'edificio a cui sono attaccati. Tuttavia, malgrado la stabilità dell' unione non sia data dall'esistenza di questi estremi, la legge *reputa* che esista per gli specchi, quadri ed altri ornamenti quando formino corpo col tavolato, colla parete e col soffitto; e *reputa* del pari immobili per destinazione le statue, quando sono collocate in una nicchia formata per esse espressamente, oppure facciano parte di un edificio nel modo sopra indicato. In questi due casi, la destinazione *stabile* non risulterebbe dagli elementi posti nella regola generale, e perciò si ha una disposizione tutta tassativa (*C.* ***414***).

Cessata la destinazione della cosa, ne cessa pure la immobilizzazione. La destinazione può esser tolta dal proprietario, o *tacitamente*, con un fatto che le sia contrario: od *espressamente*, se venduto l'immobile, il proprietario ne eccettui la cosa che aveva destinato per il suo servizio od ornamento.

§ 49. — Cont.: γ) *per l'oggetto cui si riferiscono.*

V. fonti cit. nel § prec.

Sono immobili per l'oggetto cui si riferiscono, tutti i diritti su cosa immobile: sebbene per sè questi diritti siano cosa incorporale, la legge li considera quali cose immobili (*C. 415*). Perciò è immobile il diritto di proprietà, ed i pesi che sono costituiti su esso, per es., l'enfiteusi, l'usufrutto, l'uso, le servitù prediali (*C. 415*, al. 1-3), l'ipoteca, nonchè le azioni che tendono a ricuperare immobili (per es. azione di rivendicazione) o diritti ad essi relativi (per es., azione *negatoria*).

§ 50. — *Dei beni mobili:* α) *per loro natura*

Aubry et Rau, §§ 164*bis*, 165; Laurent, V, 497, 524.
C. c. it., a. 416-424; C. c. fr., a. 527-536; C. c. austr., § 293; C. c. neerl., a. 565-574; C. c. port., a. 376, 377, 378; C. c. della Rep. Arg., a. 2318-2323; C. c. mess., a. 784-794; C. c. del Guat., a. 504, 506; C. c. dell'Ur., a. 414, 419 pr. 421; C. c. del Chilì, 567, 572 pr. 574.

I *beni mobili* sono tali, α) per loro natura, o β) per determinazione della legge.

α) Sono beni mobili per natura, i corpi che si possono trasportare da un luogo ad un altro, o si muovano per propria forza come gli animali, o vengano mossi da forza esteriore, come le cose inanimate, ancorchè tali cose formino collezione od oggetto di commercio (*C. 417*); in quest'ultimo caso, alla universalità di fatto costituita dalla collezione o dalle stoffe esistenti nel negozio (*taberna*) resta la sua natura giuridica di mobile, indipendentemente dal fondo ove sono collocate. Conseguentemente, sono mobili i battelli, le chiatte, le navi, i mulini e bagni in battelli, e generalmente gli edifizi galleggianti non attaccati con corde o catene saldamente alla riva, sulla quale trovisi un edifizio destinato al loro servizio (*C. 419, 409*); e sono

pur mobili i materiali provenienti dalla demolizione (e qui si comprende anche la rovina avvenuta altrimenti che per *demolizione* propriamente detta) di un edifizio; o che sono raccozzati per costruirne uno nuovo, sino a che non siano adoperati nella costruzione.

§ 51. — Cont.: β) *per determinazione della legge.*

β) Sono beni mobili per *determinazione della legge* (ossia per l'oggetto cui si riferiscono): 1° i diritti, le obbligazioni e le azioni che hanno per oggetto somme di denaro od *effetti mobili*, per es. il diritto del locatario, che ha per oggetto non il fondo, ma i frutti od il godimento di esso: nè importa che si tratti di azioni guarentite da ipoteca (*C. 418*), perchè la sicurtà di cui vanno rivestite, non impedisce che abbiano tratto ad una somma di danaro; 2° le azioni o quote di partecipazione nelle società di commercio o d'industria, quantunque alle medesime appartengano beni immobili; questi esistono come tali in rapporto diretto con la società (persona giuridica distinta da quella dei soci); e siccome i soci possessori delle azioni, o aventi la quota di partecipazione hanno diritto a concorrere ad una data parte dei benefizii, le azioni o quote di partecipazione sono riputate mobili riguardo a ciascun socio, e *per il solo tempo in cui dura la società* (*C. 418*). Sono egualmente riputate mobili le rendite vitalizie o perpetue a carico dello Stato o dei privati, perchè il diritto del creditore alle pensioni ha sempre per oggetto una cosa mobile (*C. 418*, 1° al.); salvo, quanto alle rendite sullo Stato, le disposizioni del debito pubblico, che ne permettono la ipoteca (es. di beni immobili per dichiarazione della legge?).

In ordine ai beni mobili, la legge determina il significato da darsi alle locuzioni *beni mobili*, ecc.; e ne indica la efficacia. Si intende che le norme ch' essa dà, valgono solo quando dall'atto o dalla disposizione di legge in cui vennero adoperate, non risulti che lo furono in un senso più ristretto o più esteso di quel che è loro attribuito dalla legge. Secondo questa:

α) le espressioni *beni mobili, effetti mobili, sostanza mobile*, usate sole nella disposizione della legge o dell' uomo senz'altra aggiunta o indicazione *che ne restringa il significato*, comprendono

generalmente tutto ciò che viene riputato mobile secondo le regole sovra stabilite (*C.* ***421***);

β) le parole *mobili* usate solo nella disposizione della legge o dell'uomo *senz'altra aggiunta od indicazione che ne allarghi il significato*, o *senza contrapposti agli immobili*, non comprende il denaro metallico od i suoi rappresentativi, le gemme, i crediti, i titoli di rendita sul debito pubblico, e delle imprese commerciali od industriali, i libri, le armi, i quadri, le statue, le monete, le medaglie, od altri oggetti attinenti a scienze od arti, gli strumenti propri delle scienze, delle arti e dei mestieri, le biancherie ad uso della persona, le carrozze, gli equipaggi, i grani, vini, fieni, ed altre derrate, e nemmeno le cose che formano oggetto di un commercio (*C.* ***422***);

γ) Le parole *mobilia*, *mobiliare*, comprendono i mobili destinati all'uso ed all'ornamento degli appartamenti, come tappezzerie, letti, sedie, specchi, pendoli, tavole, porcellane, ed altri oggetti consimili; comprendono pure i quadri e le statue che fanno parte dei mobili di un appartamento, non però le collezioni di quadri, di statue, di porcellane od altre che possono essere nelle gallerie o camere particolari (*C.* ***423***);

δ) l'espressione *casa mobiliata*, comprende la sola *mobilia* (*C.* ***424***);

ε) l' espressione *casa con tutto quello che vi si trova* comprende tutti gli oggetti *mobili*, ad eccezione del denaro o dei suoi rappresentativi, dei crediti od altri diritti, i cui documenti si trovano nella medesima (*C.* ***425***).

§ 52. — B. *Delle cose in relazione alle persone cui appartengono.*

Stubenrauch, §§ 286 e segg.; Aubry et Rau, §§ 168-171; Laurent, VI, 3-86.
C. c. it., a. 425-435; C. c. fr., a. 537-543; C. c. austr., §§ 286 e segg.; C. c. neerl., a. 575-584; C. c. port., a. 379 e segg.; C. c. della Rep. Arg., a. 2339-2350; C. c. mess., a. 795-806; C. c. del Guat., a. 501-502, 509-512; C. c. dell'Ur., a. 428-437; C. c. del Chilì, a. 589 e segg.

Sotto il secondo aspetto (in relazione alle persone cui possono appartenere) le cose si distinguono:

α) in cose *in commercio* e cose *fuori di commercio*, secondo-

chè sono o no suscettibili di appartenere ad alcuno: sono cose *fuori di commercio* anche quelle che non possono far parte del patrimonio di un privato. Sono beni *fuori di commercio:*

1) Le cose non appropriabili, essendone, per natura loro, l'uso comune a tutti.

2) I beni costituenti il *demanio pubblico dello Stato,* perchè la loro *destinazione* (che appunto ne costituisce il carattere) è l'interesse pubblico, manifestantesi nell'*uso* pubblico o nella *difesa nazionale.* Tali sono le strade nazionali, il lido del mare (il punto fino al quale d'inverno s'estendono i più alti flutti del mare), i porti, i seni, le spiagge, i fiumi e torrenti (*uso pubblico*); le porte, le mura, le fosse, i bastioni delle piazze di guerra e delle fortezze (*inter. pubblico*). Gli edifizi nazionali non fanno parte del demanio pubblico, come risulta dalla enumerazione che la legge fa dei beni che vi appartengono.

I beni del demanio pubblico (rispetto ai quali lo Stato non è *proprietario,* perchè regola l'uso pubblico, o tutela, rappresenta l'interesse pubblico), appunto perche *extra commercium,* sono per loro natura inalienabili ed imprescrittibili (*C. 430*); ma cessata la destinazione dell'uso o dell'interesse pubblico, cessano di far parte del demanio. Così i terreni delle fortificazioni o dei bastioni delle piazze di guerra che più non abbiano tale destinazione, e *tutti gli altri beni* (strade, ecc.), che cessino di essere destinati all'uso pubblico ed alla difesa nazionale, passano dal demanio pubblico al patrimonio dello Stato (*C. 429*).

3) I beni di uso pubblico delle provincie e dei comuni (strade provinciali, comunali, ecc.), finchè dura tale destinazione sono essi pure inalienabili ed imprescrittibili (*C. 432*); la destinazione, il modo e le condizioni dell'uso pubblico sono determinati da leggi speciali (*C. 432*).

4) I beni che appartengono ai privati nei casi eccezionali che, tenuto conto della loro destinazione, la legge ha previsto. Tali, di regola, i *beni dotali.*

Sono beni *in commercio:*

1) I beni costituenti il *patrimonio* dello Stato (beni patrimoniali); lo Stato è rispetto ad essi *proprietario*, e perciò questi beni non sono di loro natura, come quelli affetti da destinazione pubblica,

inalienabili ed imprescrittibili; ma la loro alienazione non potrà esser fatta che in conformità delle leggi che li riguardano (*C. 430*).

2) I beni patrimoniali delle provincie e dei comuni; ma le forme di alienazione e di amministrazione di questi beni sono determinate da leggi speciali (*C. 432*).

3) I beni degli istituti civili ed ecclesiastici e degli altri corpi morali appartengono ai medesimi, in quanto le leggi del regno riconoscano in essi la capacità di acquistare e di possedere (*C. 433*); tuttavia, se i beni degli istituti ecclesiastici sono soggetti alle leggi civili, non si possono *alienare* senza l'autorizzazione del governo (*C. 434*).

A. È a notare, *a*) che la legge non riconosce le cose *sacre*, come fuori di commercio: ciò non significa che il concetto delle *res sacrae* sia tolto, perchè sono tali quelle che ne hanno i caratteri quali son voluti dal diritto canonico; ma la legge civile non riconosce loro il requisito della inalienabilità (arg. *C. 433, 434*);

b) che dopo aver detto dei beni del demanio pubblico e del patrimonio dello Stato (*C. 427-430*), il Codice fa per le *miniere* e le *saline* un rinvio alle leggi speciali su queste due materie (*C. 431*).

4) I beni dei privati (*C. 435*) di regola: salva qualche eccezione, p. es., i beni dotali.

β) Si hanno poi le cose *nullius*, ossia quelle non ancora occupate da alcuno, o che furono abbandonate dal proprietario coll'animo di perdere la proprietà, e non trasferirla in altri.

§ 53. — C. *Delle cose in relazione con altre cose. Pertinenze e frutti.*

WINDSCHEID, §§ 140-144; VANGEROW, §§ 73-75; ARNDTS-SERAFINI, §§ 54-55; BEKKER, § 74; HÖLDER, § 34; DERNBURG, *Pand.*, §§ 77-78; STOBBE, § 65; UNGER, §§ 65 e seg.; SIEBENHAAR, §§ 45-47; FÖRSTER, I, § cit.; DERNBURG, I, § cit.; KOHLER, *Zur Lehre v. d. Pertinenzen* (*I. f. d. D.*, XXVI, h. 1-2).
C. c. austr., § 294; C. c. sass., §§ 65-76.

Sotto il terzo aspetto (cose esaminate nel rapporto in cui si trovano con altre cose) vanno specialmente considerati:

1° il rapporto di *pertinenza* per il quale una cosa è destinata al servizio di un'altra, senza che tuttavia ne faccia parte integrante, come avviene nel rapporto di *accessione;* l'uno e l'altro concetto

occorrono nella categoria degli *immobili* per destinazione, sebbene il concetto della *pertinenza* non vi sia strettamente rispettato, dacchè durante la destinazione a scopo industriale, la cosa non conserva il suo carattere (di *mobile*), ma ha quello della cosa *principale;*

2° i *frutti*, che sono il prodotto della cosa destinata a darli (per cotesta periodicità si distinguono dai semplici *prodotti* della cosa). Si dicono *naturali* se la cosa li produce naturalmente, per forza interna sua, e giusta la destinazione che ha; cosicchè sono frutti naturali gli alberi in quanto cedui, e la cacciagione fatta in luogo riservato solo par tale uso, e nel quale a scopo di caccia venga favorita la moltiplicazione degli animali selvatici che vi dimorano (per es. bosco ridotto a conigliera); *civili*, se si hanno in occasione della cosa (per es. *fitti, interessi* dei denari). I frutti naturali (meramente tali, od *industriali*, se dovuti all'opera dell'uomo, o *misti* se solo natura ed alla industria) si distinguono in *separati* e *pendenti*, secondochè sono o no staccati dalla pianta o dal suolo che li produce, e finchè sono pendenti, hanno carattere di immobili per natura, facendo parte del suolo, cui sono indirettamente o direttamente uniti (*C. 411*); *esistenti* o *consumati* secondochè dopo staccati, esistono o no ancora presso chi li ha raccolti: *percepiti* o che *si dovevano percepire:* e queste due ultime distinzioni hanno grande importanza in materia di possesso.

CAPITOLO V.

Della nascita dei diritti, e della loro estinzione.

§ 54. — *Generalità. Dei fatti giuridici.*

Savigny, §§ 104 e seg.; Windscheid, §§ 63-68; Vangerow, §§ 119, 126 e seg.; Hölder, § 36; Brinz, §§ 74-77; Arndts-Serafini, §§ 56-57; Dernburg, *Pand.* I, §§ 79-83; Stobbe, §§ 66-67; Unger, §§ 71 e seg.; Siebenhaar, § 70; Förster, I, § 24; Dernburg, I, § 68.
C. c. della Rep. Arg., art. 896 e segg.

Un diritto è *nato* non appena comincia ad esistere rispetto alla persona che ne è il *soggetto;* è *estinto* quando cessa di esistere

per sè, o quando cessa di esistere solo in relazione alla persona che n'era il soggetto, per continuare poi la sua esistenza rispetto ad altra persona; è *modificato*, quando sia estinto parzialmente, oppure sia estinto affatto in seguito all'esistenza di un diritto maggiore nel quale esso è compreso (p. es., *consolidazione* nelle servitù). I *fatti* che dànno luogo a questi tre avvenimenti, si dicono *giuridici:* dicendo *fatto,* s'intende anche il *non fare* (omissione).

A. Il fatto che determina la *nascita* di un diritto, è *originario* o *derivativo* (e perciò *acquisto* originario ed acquisto derivativo), secondochè la persona a cui riguardo il diritto è nato (ossia è *acquistato*) lo pone da sola direttamente in essere; oppure esiste mercè il concorso della persona (successore) che vuole acquistare il diritto, e della persona alla quale questo apparteneva (autore): od anche mercè la sola disposizione di quest'ultima in quanto se ne spoglia per accordarlo ad altri. La diversa entità di questi due modi di acquisto sta in ciò: che nel secondo si ha la *trasmissione* del diritto, il quale è acquistato così per *successione*, che è *universale* quando concerne un patrimonio od una quota di esso, e *singolare* quanto avviene rispetto ad una *cosa* determinata; e si ha *nascita* del diritto solo in relazione alla persona che l'acquista, perchè il diritto esisteva di già: ossia, col trapasso in altro soggetto il diritto non ha cessato di esistere.

L'acquisto derivativo ha luogo anche quando l'autore limita il suo diritto, trasmettendo in altri qualche potere che vi era contenuto: e in tutti i casi, siccome non vi ha cangiamento nel diritto se non rispetto alla persona, si ha che, *nemo plus iuris transferre potest quam ipse habeat.*

B. Identici fatti possono dar luogo alla *perdita* del diritto; anche qui, nei fatti *derivativi* non vi ha veramente perdita del diritto se non rispetto alla persona che lo trasmette; può tuttavia avvenire che mediante un fatto *originario* di acquisto, il diritto continui ad esistere rispetto a persona diversa da quella che l'aveva prima del compimento dell'atto. Si perde il diritto per fatto *derivativo,* quando la persona se ne priva per trasmetterlo in altri, il che dà l'*alienazione* in senso stretto: quando il soggetto del diritto potrebbe impedire che altri ne lo privasse, e non lo fa, si ha l'alienazione in senso lato. Il diritto si perde per fatto *originario,*

quando lo si abbandona coll'intenzione di spogliarsene, o quando si dichiara di non volere quel che si potrebbe acquistare; ciò dà la *rinuncia*, per la cui perfezione, di regola, basta la *volontà* del rinunciante, nè occorre *accettazione altrui*.

C. Mediante gli stessi fatti s'intende la *mutazione* che può avvenire nel diritto, o perchè sia conceduto ad altra persona, o questa acquisti da sè, una potestà che può esistere separatamente dal diritto più ampio di cui faceva parte (per es., un peso costituito sulla proprietà altrui): e si avrebbe una modificazione *restrittiva* del diritto; sia perchè un diritto meno esteso rimanga fuso in un diritto più esteso (per es., *consolidazione*).

D. I fatti giuridici hanno causa *A*) in un *atto della persona*, oppure *B*) in un atto della persona e nel *tempo*; il tempo talvolta influisce da solo sulla nascita o sulla estinzione del diritto, e talvolta ciò opera unito ad altre circostanze.

§ 55. — *A*) *L'atto della persona in generale. Volontà e responsabilità.*

SCIALOIA, *Volontà e responsabilità sul negozio giuridico* (1885); KOHLER, *D. Rechtsgeschäfte* (1886); EISELE, *Ueber Nichtigkeit*, etc. (*I. f. d. D.* XXV, h. 5-6).

Gli *atti della persona* contengono, *a*) una manifestazione di volere dalla quale deriva la costituzione, estinzione o modificazione di un diritto; oppure, *b*) la violazione del diritto altrui, onde la *responsabilità* dell'agente.

L'agente dev'essere *capace* a compiere l'atto: ma mentre di regola, la nascita, l'estinzione o la modificazione del diritto esistono validamente, in quanto chi li compie, o concorre a compierli, ha la *capacità* giuridica diretta a porle in essere: nel secondo caso, l'atto dipende da volontà diretta alla violazione, oppure da negligenza nel badare a che nel porre un atto per sè lecito, il diritto altrui non ne avesse offesa, e perciò produrrà il suo effetto quando chi gli dà causa sia capace di *volontà* intesa nel suo senso generale, oppure di diligenza. Cosicchè la *capacità* si richiede nelle due ipotesi, ma attiene ad elementi così distinti nell'una e nell'altra, che uno incapace nella prima, può essere capace nella seconda: vi ha tuttavia alcuni atti che sopprimono la *volontà* (violenza), e agiscono

egualmente in entrambe. La prima categoria (*atti leciti*) dà il *negozio giuridico,* ch'è *manifestazione giuridica di volontà privata diretta alla costituzione, estinzione, o modificazione di un diritto, quale in essa è contenuta;* la seconda (*atti illeciti*), dà l'*ingiuria* e la *responsabilità.*

Non si creda tuttavia che la distinzione fra *volontà* e *responsabilità* designi gli elementi costitutivi degli atti leciti e degli illeciti, a modo che in essi l'una e l'altra mai s'incontrino: imperocchè il concetto della *responsabilità* influisce talvolta insieme alla *volontà* nella costituzione di un negozio giuridico, allo scopo di impedire che il negozio sia posto nel nulla per non essere la volontà reale di una delle parti conforme alla dichiarazione fattane; come avviene quando la contraddizione fra la volontà e la dichiarazione fosse voluta del dichiarante, e l'altra parte fosse in buona fede. La *responsabilità* qui interviene nella *costituzione* del negozio giuridico, che per la sola *volontà* non potrebbe sussistere (v. il § 57).

§ 56. — *Del negozio giuridico.*

Savigny, §§ 104, 140-141; Windscheid, § 69; Arndts-Serafini, § 63; Dernburg, *Pand.* §§ 91-92; Stobbe, § 67; Unger, § 40; Förster, I, § 25; Dernburg, I, §§ 71 e segg.; Siebenhaar, § 51.

Nel *negozio giuridico* si ha: 1° la *manifestazione della volontà privata;* così si esclude dal concetto di negozio giuridico la *sentenza* del giudice, non solo perchè, di regola, essa non costituisce, modifica od estingue un diritto, e dichiara invece quel ch'esisteva, ma perchè non contiene la volontà del giudice, ed è l'applicazione della legge, la *sanzione* cioè che determina il diritto; d'altra parte, nel concetto esposto sono compresi anche gli atti fra persone giuridiche *pubbliche,* in quanto vertono sopra oggetti d'ordine privato; 2° *diretta alla costituzione, modificazione od estinzione di un diritto,* e questo è il fine giuridico al quale tende la manifestazione della volontà, la quale diretta a conseguenze che producono determinati effetti giuridici, è perciò stesso diretta a questi. Talvolta non vi ha manifestazione di volontà su alcune conseguenze, che pure sono poste dalla legge a causa appunto del silenzio tenuto dalle parti; ma se la legge reputò necessario completare colle sue disposizioni

gli effetti della volontà manifestata, esse si rannodano a questa, inquantochè valgono solo quando non si sia voluto il contrario.

I negozi giuridici si distinguono principalmente: *a)* in n. giur. di *ultima volontà*, e n. giur. *fra' vivi*; caratteristica dei primi, nei quali la volontà sopravvive alla estinzione della persona fisica, è che essa prima della morte non sia stata revocata, e perciò revocato il negozio cui dà vita; *b)* in n. giur. *unilaterali*, e n. giur. *bilaterali*, secondochè constano della volontà di una sola persona, diretta a fine giuridico, oppure abbisognano della *volontà* di due persone, che accordandosi (consenso) per un fine giuridico, creano il negozio.

Gli estremi, il cui insieme dà il concetto di *negozio giuridico* sono adunque: 1° *volontà* diretta ad effetti giuridici; 2° *manifestazione della volontà;* 3° *capacità a volere ed a manifestare la volontà;* 4° *contenuto della volontà.*

§ 57. — *Volontà.*

Savigny, §§ 134-139; Windscheid, §§ 75-77; Vangerow, § 85; Arndts-Serafini, § 60; Dernburg, *Pand.*, I, §§ 99 e segg.; Unger, §§ 87 e segg.; Stobbe, § cit.; Siebenhaar, § 61.

L'essenza del negozio giuridico sta nella *volontà giuridica*, e gli altri requisiti conducono tutti a questo, ch'è il fondamentale. La *volontà giuridica* è data dalla sua *manifestazione* (dichiarazione), ma non è giusto dedurre da ciò che fra la *volontà* e la *dichiarazione*, non si debba distinguere, cosicchè la dichiarazione debba essere ritenuta come la *volontà reale;* la volontà che dà vita al negozio giuridico è la reale, cosicchè se questa si fondasse sulla volontà che risulta dalla manifestazione, e non su quanto venne effettivamente voluto, non potrebbe avere giuridica consistenza. Cotesta non corrispondenza fra la volontà *reale* e la *dichiarazione* di volontà (volontà *reale*, volontà *apparente*) può essere 1° *voluta*, oppure 2° *non voluta* dalla persona che ha fatto la dichiarazione:

1° nel primo caso si ha la *simulazione* (dimostrabile con qualunque mezzo di prova), ch'esiste quando il negozio giuridico si basa solo sulla volontà *apparente*, che non basta a dargli vita; perciò, o la volontà *reale* è di non costituire negozio veruno, e si ha la *simulazione assoluta;* o di costituire un altro negozio giuridicamente possibile, e allora sorgerà questo e non quello apparentemente voluto;

se è concesso costituirlo volendolo direttamente, non deve dirsi il contrario quando la volontà sia manifestata indirettamente (*plus valet quod agitur, quam quod simulate concipitur*), purchè l'atto apparente abbia la forma dell'atto che si vuol realmente compiere.

A. La dichiarazione della volontà solo apparente, varrà come *reale* rispetto agli interessati che non avendo motivo a ritenerla non corrispondente alla *vera*, sono in buona fede; qui il concetto della *responsabilità* soccorre quello della *volontà* (§ 55), e il dichiarante deve sopportare le conseguenze del suo operato: *responsabilità* che esiste quando concorra la *buona fede* dell'interessato che si vale della *dichiarazione*, e la *mala fede* di chi ha fatto questa dichiarazione di volontà non corrispondente alla reale (*malitiis non est indulgendum*).

2° Nel secondo caso si hanno la *violenza*, l'*errore* ed il *dolo*, che propriamente non sono *vizii* della volontà (dacchè questa manchi), ma causa del disaccordo fra la volontà apparente e la reale.

§ 58. — *a*) *Violenza.*

Savigny, §§ 114-115; Vangerow, §§ 82-84; Dernburg, *Pand.*, l. cit.; Unger, § 80; Siebenhaar, § 58; Windscheid, §§ 78-80; Arndts-Serafini, § 61; Förster, I, § 29; Dernburg, I, § 112; Aubry et Rau, § 343*bis*; Laurent, XV, 511-521. — Schlossmann, *Zur Lehre v. Zwange*; Larombière, *Th., et prat. d. obligations* (ed. 1885); Giorgi, *Tr. delle obbligazioni.*

C. c. it., a. 1111-1114 (e 725); C. c. fr., a. 1111-1114 (e 727); C. c. austr., § 869; C. c. sass., §§ 830 e segg.; C. c. neerl., a. 1351-1362; C. c. port., a. 666-668; C. c. della Rep. Arg., a. 936-944; C. c. mess., a. 1415-1420; C. c. del Guat., a. 1412-1413; C. c. dell'Ur., a. 1233-1235; C. c. del Chilì, a. 1456-1457.

Quando sotto la pressione altrui fosse fatta una dichiarazione di volontà contraria alla reale, non si ha volontà che dia validamente nascita ad un negozio giuridico (*C. 1111, 725*). La dichiarazione della volontà apparente è determinata dalla forza, dalla *violenza*, che sopprimendo la libertà del dichiarante, gli ha imposto di manifestare come volere ciò che effettivamente non era voluto. La violenza è *fisica* quando esercitata con vie di fatto sulla persona; *morale* (*metus*) quando consiste, *a*) nella minaccia di un male grave alla persona od alle sostanze sia dello stesso dichiarante che del coniuge, o di un suo discendente od ascendente (trattandosi di altre persone, il giudice può decidere secondo le circostanze, *C. 1113*); *b*) ch'è tale

da incutere un timore ragionevole sopra una persona sensata (*iustus metus*, ciò che non si ha nel solo timore riverenziale scompagnato da violenza, *C.* **1114**): altrimenti la *coazione* non sarebbe insita nel timore; ma nell'accertare cotesto estremo, conviene tener conto dell'età, del sesso e della condizione delle persone (*C.* **1112**); *c*) ch'è ingiusta.

La violenza non produce in verun caso la inesistenza del negozio; si ha nella *dichiarazione* di volontà la volontà reale, sino a che l'interessato non dimostri come fra i due termini non vi ha corrispondenza, e la manifestazione abbia avuto luogo solo a cagione di violenza esercitata sul dichiarante.

Siccome la violenza toglie la volontà, così non vi ha a distinguere se venne esercitata dalla persona a cui vantaggio è fatta la dichiarazione della volontà apparente, o di un terzo; la coazione infirma in tutti i casi il negozio giuridico (*C.* **1111**).

§ 59. — *b*) *Errore*.

V. fonti cit. nel § 51.

Arndts-Serafini, § 62; Dernburg, *Pand.*, §§ 86-87; Unger, § 89; Förster, I, § 30; Dernburg, I, §§ 108 e segg.; Siebenhaar, §§ 55 e segg.; Aubry et Rau, § cit.; Laurent, XV, 484-510; Zitelmann, *Irrthum u. Rechtsgeschäft.*

Cod. civ. it., a. 1108-1110; C. c. fr., a. 1109-1110; C. c. austr., § 871; C. c. sass., §§ 95 e segg.; C. c. neerl., a. 1357-1358: C. c. port., a. 657-662; Cod. c. della Rep. Arg., a. 923-930; Cod. c. mess., a. 1413-1414; C. c. del Guat., a. 1408; C. c. dell'Ur., a. 1231-1232; C. c. del Chili, a. 1452-1455.

Nella violenza la dichiarazione di volontà è fatta sapendo che si manifesta un valore contrario al reale; invece nell'*errore* chi fa la dichiarazione *crede* di manifestare con essa la volontà reale, e cotesta parvenza ha causa in uno sbaglio, in un equivoco del dichiarante, « nella *sua cognizione inesatta* », talchè se questo *errore* non avesse influenzato la volontà sua, egli avrebbe fatto una dichiarazione diversa. Il negozio giuridico che si fonda sulla dichiarazione di volontà determinata dall'errore, non è basato sulla volontà *reale*, ma sull'*apparente*, e non ha perciò validità; l'errore non produce quindi la inesistenza del negozio, ma dà azione a chi *dichiarò la sua volontà erroneamente*, per ottenere che il negozio così costituito sia posto nel nulla. Finchè non sia dimostrato il dissidio fra la *manifestazione della volontà* e la *volontà*, si presume che questa

sia contenuta in quella. Anche qui il concetto della *responsabilità* limita le conseguenze dell'errore, il quale dev'essere *scusabile:* criterio che influisce nella distinzione fra l'errore *di fatto* e l'errore *di diritto*, che si ha secondochè verte sulle circostanze di fatto, o sul modo d'intenderle per dedurne quale disposizione del diritto oggettivo sia applicabile; o quando invece cade in una disposizione del diritto oggettivo, estendendone o restringendone indebitamente la efficacia, o male applicandola a circostanze di fatto sulle quali non cade dubbio. L'errore di diritto, di regola, non scusa, perchè si presume che la legge sia conosciuta da tutti.

1° L'errore sui *motivi* che hanno determinato la *volontà* giuridicamente manifestata, è distinto dall'errore relativo a quest'ultima, perchè l'equivoco sui motivi non impedisce che la volontà manifestata quanto al negozio che n'è conseguito non fosse *reale, effettiva;* ma quante volte l'errore sui *motivi* fosse tale da togliere la volontà reale, la dichiarazione darebbe solo una volontà apparente, e mancherebbe perciò il negozio giuridico. L'errore sui *motivi* non produce effetto sulla validità del negozio giuridico, quando la *causa* di questo (*C. 1110*), sia rimasta integra; dev'essere scusabile, e anche l'errore di diritto quando sia considerato come causa di mancanza della volontà reale, non è inescusabile; esso può determinare erroneamente la volontà, e si avrebbe in tal caso una volontà apparente che non dà nascita al negozio giuridico (*C. 1109*).

2° L'apprezzamento della *scusabilità* dell'errore quanto alla nullità del negozio giuridico, non libera chi l'ha ottenuto dall'obbligo d'indennizzare (*colpa aquiliana*) la parte che a causa dell'errore ha sofferto danno, quando occorressero i termini del fatto illecito. Non è che sia dovuto indennizzo in conseguenza della *nullità,* perchè chi la domanda si vale di un mezzo che le è dato dalla legge, e perciò non commette ingiuria: ma se l'errore di uno, facendo nascere nell'altro la speranza di un contratto, lo spinse ad altri atti onde il suo patrimonio ha diminuzione, la responsabilità ha luogo.

A. L'*ignoranza* è distinta dall'*errore*, perchè questo è dato dalla inesattezza di cognizioni, quella dalla *mancanza di cognizioni* su un determinato oggetto: è tuttavia regolata dagli stessi principii, perchè identica ne è l'influenza sulla dichiarazione di volontà.

§ 60. — *c*) *Dolo.*

V. Aut. cit. nel § preced.: FÖRSTER, I, § 31; DERNBURG, I, § 110; SIEBENHAAR, § 59; AUBRY et RAU, § cit.; LAURENT, XV, 522-530.

C. civ. it., a. 1115; C. c. fr., a. 1116; C. c. austr., § 874; C. c. neerl, a. 1364; C. c. port., a. 663; C. c. della Rep. Arg., a. 931-935; C. c. mess., a. 1414 e segg.; Cod. civ. del Guat., a. 1409-1411; C. c. dell'Ur., a. 1236-1237; C. c. del Chilì, a. 1458-1459.

Quando l'*errore*, per il quale la *dichiarazione* di volontà è in disaccordo colla volontà reale, sia stato cagionato dai raggiri altrui, dalle false nozioni date con mala fede, si ha il *dolo*: « *Labeo definit dolum malum esse: omnem calliditatem, fallaciam, machinationem ad circumveniendum, fallendum, decipiendum alterum adhibitam* ». Negli artifizi adoperati col riprovevole intendimento d'ingannare altrui, sta l'essenza del dolo; perciò esso manca quando la persona, alla quale si vogliono dare false nozioni su una cosa, possa con facilità verificarne l'esattezza (*dolus bonus*). Per gli effetti del dolo sul negozio giuridico è d'uopo distinguere:

1° *secondo la persona che l'ha esercitato:* il negozio giuridico bilaterale è nullo (*annullabilità*, non inesistenza) di fronte alla parte che ha adoperato i raggiri dolosi, o si è avvantaggiata del dolo usato da un terzo; se non avesse in modo alcuno partecipato al dolo, il negozio è valido rispetto a lei che ha contrattato in b. fede, ed il danneggiato dal dolo avrà azione per il rifacimento contro il terzo che ne è autore (*C. 1115*). Nei negozi unilaterali non è a distinguere (es., *C. 942*), perchè il dolo infirma in ogni caso la dichiarazione di volontà.

2° *secondo l'entità del dolo:* il dolo dà diritto a chiedere la nullità del negozio giuridico, quando fosse tale che senza di esso la dichiarazione di volontà (apparente) non avrebbe avuto luogo (*dol. causam dans, C. 1115*); se invece fosse tale da non porre in completo dissidio la volontà dichiarata colla reale, perchè senza di esso il negozio se direttamente voluto, lo era tuttavia con altre modalità (*dol. incidens*), non vi ha azione per la nullità, ma per il danno.

§ 61. — *Manifestazione della volontà.*

SAVIGNY, § 132; WINDSCHEID, § 81, e fonti cit. nel § 50.

La volontà può essere manifestata non solo direttamente, con parole che la dimostrino a sufficienza, ma può anche dedursi da *fatti* nei quali sia contenuta (manifestazione *espressa* e manifestazione *tacita*). Questi fatti possono consistere in un'omissione (fatto *negativo*): ma è necessario che essi non si possano interpretare altrimenti che come manifestazione della volontà.

Quando la legge richiede una data forma per l'esistenza del negozio giuridico in ordine al quale ha luogo la dichiarazione di volontà, questa è fatta validamente, esiste, solo quando risulti dalla *forma* ordinata; da questo lato si avrebbe una classe di negozi giuridici *formali* (concetto che non ha nel diritto odierno influenza veruna sulla *causa*). La *forma* che è richiesta quando la legge la imponga, contiene 1° l'*atto pubblico*, che è ricevuto, colle richieste formalità, da un notaio o da altro pubblico ufficiale autorizzato, nel luogo ove l'atto è seguito, ad attribuirgli la pubblica fede (*C.* ***1315***); 2° *scrittura privata*, atto che emana da chi consegna in essa la sua dichiarazione di volontà (*C.* ***1320***); rispetto a questa è notevole: *a*) che, nei negozi contenenti promessa di pagare somme di denaro od altre cose valutabili in quantità, la scrittura deve essere scritta per intero da chi la sottoscrive, o che per lo meno questi alla sua sottoscrizione deve aggiungere di propria mano un *buono* od *approvato*, indicante in lettere per disteso la somma o la quantità della cosa (*C.* ***1325***); *b*) che talvolta la scrittura privata deve, per produrre certi effetti, avere la sottoscrizione *autenticata* da notaio (*C.* ***1935***, al. 1 ecc.); il quale non l'autenticherà se non sia apposta alla sua presenza e di due testimoni, premesso l'accertamento dell'identità delle persone, fra cui il negozio ha luogo (*C.* ***1323***).

§ 62. — *Capacità a volere ed a manifestarlo.*

SAVIGNY, §§ 106-112; WINDSCHEID, § 71; VANGEROW, § 81; ARNDTS-SERAFINI, § 59; UNGER § 76; FÖRSTER, I, § 26; DERNBURG, I, § 71; SIEBENHAAR, § 52.

La capacità giuridica richiede come fondamento la potestà di volere; ma, 1) vi ha dei casi nei quali tale potestà fa difetto, e

tuttavia il diritto oggettivo, per l'*utilità* e l'*interesse* del soggetto (il concetto della volontà in potenza, è applicabile solo a qualche caso) ammette l'esistenza della capacità giuridica. Ciò avviene per le persone giuridiche, per i minori, gl'interdetti, gli inabilitati; ma queste *persone* cui venne accordata la capacità giuridica (non basata sul volere), non perciò hanno capacità ad esercitarla, a *manifestare* la volontà, dacchè sia impossibile che manifestino quel che non hanno. Perciò la persona giuridica agisce per mezzo dei rappresentanti; i minori, gli interdetti, gli inabilitati agiscono coll'assistenza delle persone designate dalla legge. Vi ha pure, 2) incapacità a manifestare la volontà, sebbene se ne abbia la potenza, a causa di difetto fisico: p. es., sordità, mutismo sopravvenuti (il sordomuto dalla nascita è inabilitato di diritto) in persona che non sappia leggere e scrivere; e, 3) vi ha finalmente casi, in cui l'incapacità è ordinata dalla legge per motivi d'interesse generale, e che quindi non sono relativi al difetto di potestà volitiva od all'impossibilità di manifestarla.

L'incapacità ora esaminata concerne il *negozio giuridico*; la capacità rispetto alla *responsabilità* per atti illeciti è retta da principii diversi.

§ 63. — *Contenuto della volontà.*

Windscheid, § 85.

Nel negozio giuridico si distinguono *a*) gli elementi *essenziali*, che costituiscono la entità di un *determinato* negozio, il quale senza di essi non può esistere (per es., mancando per simulazione l'elemento del prezzo, non si ha *vendita* ma donazione); *naturali*, che sono inerenti al negozio, malgrado non siano stati espressamente indicati (per es., l'obbligo della garanzia nella vendita, *C. 1482*), ma che possono essere esclusi con clausola espressa (p. es., *C. 1483*); *accidentali*, ch'esistono mercè una clausola speciale. Questi ultimi si dicono *determinazioni accessorie*, per il rapporto in cui si trovano con gli altri elementi, e fra essi vanno notati in modo speciale, la *condizione*, il *termine*, il *modo*.

§ 64. — *Condizione; concetto e specie.*

Savigny, §§ 116-124; Windscheid, §§ 86-95; Vangerow, §§ 93-93; Arndts-Serafini, §§ 66-72; Dernburg, *Pand.*, I, §§ 105-112; Unger, § 82; Förster, I, § 36; Dernburg, I, §§ 86-92; Siebenhaar, §§ 66-70; Aubry et Rau, § 302; Laurent, XVII, 32-90.

C. c. it., a. 1157-1161, 848 e segg., 1065 e segg.; C. c. fr., a. 1168-1180, 900 e segg.; C. c. austr., § 897 e segg.; C. c. sass., §§ 108 e segg.; C. c. neerl., a. 1289-1303; C. c. port., a. 672-683; C. c. della Rep. Arg., a. 527-557; C. c. mess., a. 1444-1470; C. c. del Guatem., a. 1450-1457; C. c. dell'Urug., a. 1367-1383; C. c. del Chilì, a. 1473-1493.

D., *de cond. et dem.* (xxxv, 1): C., *de inst., et subst., et rest., s. cond. f.* (vi, 25); *de cond.* (vi, 46); *de don. q. s. modo* ecc. (viii, 55).

Condizione è la determinazione *accessoria* per la quale l'efficacia giuridica della volontà dichiarata è fatta dipendere da un avvenimento *futuro* ed *incerto* (*C. 1157*); perciò il rapporto suo strettissimo colla dichiarazione principale non è di limitarla (*volontà condizionata; negozio giur. condizionale; condizione* intesa a significare l'*avvenimento* fut. ed incerto). Da questo concetto della condizione segue, che non esisterebbe vera condizione (sebbene molti distinguano la condizione *propria* dall'*impropria*):

1° quando la condizione fosse inerente alla natura del negozio giuridico (*cond. quae tacita inest*); perciò anche esprimendola, essa non varrebbe quale condizione vera (per es., la celebrazione del matrimonio rispetto al contratto di dote);

2° quando l'avvenimento non fosse *futuro*, ma passato o presente, sebbene ignorato da chi ne fa dipendere la propria volontà; in tal caso si avrebbe fin da principio un negozio incondizionato, oppure inefficace (è qui inapplicabile il concetto di condizione impossibile). S'intende qui per *fatto* il modo col quale l'avvenimento è stato considerato nel dichiarare la volontà;

3° quando l'avvenimento non fosse *incerto:* perciò non forma condizione il fatto che deve avvenire necessariamente (condizione *necessaria*) non avendosi veruna incertezza nella efficacia del negozio giuridico, il quale sarebbe incondizionato (*valido* o *nullo*, secondo la condizione è sospens. o risol.);

4° parimenti, non forma condizione il fatto che *non può* avvenire (condizione *impossibile*), perchè sin da principio è *certo* che il negozio non potrà aver effetto (ond'è che, p. es., sarebbe nullo o

valido, secondochè la cond. *affermativa* è sospensiva o risolutiva); vi ha un'eccezione per la condizione impossibile apposta ad un testamento (*C. 849*), fosse o no sciente il testatore della impossibilità, ritenendosi come non scritta in tutto, o nella parte per cui è impossibile, e questo favore ha causa nella natura e nello scopo dell'atto. La impossibilità (da non confondersi colla difficoltà insuperabile *relativa*) può essere *fisica, materiale*, se dipende da causa naturale (per es., *si coelum digito tetigerit*); *giuridica*, se da divieto esistente nella legge al tempo del contratto, a meno che le parti non avessero in mira un cangiamento probabile di essa (p. es., *se sposerai tua figlia*).

L'impossibilità *morale* (condizione *illecita*, *turpe*) non è impossibile per sè, rispetto cioè al fatto, ma produce quasi gli stessi effetti delle altre, semprechè l'immoralità dell'avvenimento posto come condizione si rifletta sulla dichiarazione stessa di volontà, come avverrebbe se l'effetto di questa dipendesse da un fatto o da una omissione, contrarii al buon costume od all'ordine pubblico (*C. 1065, 1160*, cfr. *C. 849* cit.), il che può avvenire anche se la condizione non fosse per sè illecita: nel qual caso conviene sempre esaminare, se dall'aggiungerla ad un dato negozio non derivi qualcosa di illecito (per es.: *A* « *Titio patri centum*, si filia quam habet is in potestate non nupserit, *heres dato* »; qui il padre è interessato ad impedire che la figlia si mariti; *B* la istituzione di erede fatta sotto la condizione di fissare il domicilio in un dato luogo, quando non motivata da ragioni gravissime; *C* la condizione di non vendere, quando per essa fosse la cosa sottratta assolutamente dal commercio; *D* la condizione che lo stipulante sposi il promettente; *E* la condizione di *mutare* religione; *F* la condizione di vedovanza, quando non imposta dal coniuge nell'istituire erede l'altro, *C. 850*).

La condizione che *non abbia luogo un avvenimento per sè impossibile*, è *necessaria* (*negativa*, per es., *si coelum digito non tetigerit*), e perciò essendone certo l'avvenimento, il negozio è incondizionato (*C. 1161*).

A. La *condizione* può accedere a qualunque negozio abbia a scopo la costituzione, la modificazione o l'estinzione di un diritto, purchè l'apporla non costituisca per sè una violazione dei requisiti essenziali. Ciò avviene rispetto ad atti, la cui entità vuole la *certezza* di volontà dal momento in cui hanno nascita: per es., il ma-

trimonio (*C.* ***95***), che sarebbe nullo; la condizione risolutiva apposta alla istituzione di erede, che si ritiene non apposta (*C.* ***851***); l'accettazione della successione (*C.* ***929***). Il negozio giuridico, cui sia annessa una condizione, è detto *condizionale*, a differenza del *puro*, i cui effetti sono certi sin da principio.

B. Quanto alla forma sotto la quale la condizione viene enunciata, è da avvertire che non vi osta l'impiegare una locuzione nella quale apparisca il concetto del *termine* (p. es. *quando*) se il *fatto* fosse di sua natura incerto (per es. *quando* A toccherà l'età maggiore, essendo incerto *se* la toccherà).

C. Le condizioni si dividono:

1° Secondo il modo col quale è considerata la esistenza dell'avvenimento, in *affermative* e *negative*: le une contengono la esistenza, le altre la non esistenza dell'avvenimento.

2° Secondo la causa dalla quale dipende l'esistenza dell'avvenimento, in *casuali*, se dipendono solo da un evento fortuito; *potestative*, se dipendono dalla volontà di uno dei contraenti; *miste*, se dipendono ad un tempo dalla volontà di una delle parti contraenti e dalla volontà di un terzo, o dal caso (*C.* ***1159***). La condizione *potestativa* non vuol essere rimessa al *mero* arbitrio della persona (*si voluero*), perchè se è posta rispetto al creditore, lascia il negozio incondizionato, dacchè sia condizione tacita dell'esercizio del diritto (per es. *esigerò se vorrò*), e se rispetto al debitore il negozio è nullo, non essendovi volontà giuridicamente attendibile (*C.* ***1066***, ***1162***); del resto, la condizione così posta da una delle parti in un negozio bilaterale, non rende nulla la obbligazione per l'altra. Può contenere l'esistenza di un *fatto* o la non esistenza il cui adempimento dipenda dalla volontà della persona (per es., *si Capitolium ascenderit*, v. *ascendero*), perchè l'efficacia giuridica del negozio è legata al succedere o no dell'avvenimento, ed a cotesto rapporto può bene accedere la stipulazione della clausola penale.

3° Secondo il modo col quale la condizione *pendente* influisce sulla esistenza del negozio cui è annessa, in *sospensive* e *risolutive*: le une impediscono che prima del loro avvenimento il negozio abbia efficacia, le seconde non impediscono ciò, ma col loro avvenimento pongono nel nulla il negozio stesso, come se mai avesse avuto luogo. È inesatto che ogni condizione sia sospensiva, e si possa a questa specie

ridurre anche la risolutiva, quasicchè sia condizione sospensiva della *risoluzione*, perchè la *risoluzione* dell'atto dovrebbe costituire un negozio a sè, indipendente da quello a cui riguardo è stipulato. Può avvenire che la *risoluzione* sia considerata in tal modo, ed allora non si ha *vera*, *propria* condizione risolutiva, sibbene condizione sospensiva della risoluzione; la condizione risolutiva propria, è invece legata intimamente alla dichiarazione principale, e se ha essenza comune colla sospensiva, perchè come in questa, dal suo avvenimento dipende la efficacia giuridica del negozio, ne è poi diversa per il modo con cui, mentre è pendente, opera verso l'atto stesso. Nella sospensiva l'atto non esiste finchè non avverrà; nella risolutiva ha subito efficacia, ma esistendo la condizione, lo si ritiene inefficace fin da principio.

4° La *volontà* del dichiarante determina in qual modo la condizione, fino a che non si avveri, si debba comportare rispetto al negozio cui accede, secondochè si è voluta la condizione come sospensiva, o come risolutiva; nel dubbio si presume quella, parendo che le parti abbiano dovuto subordinare all'avvenimento della condizione, l'efficacia giuridica della loro volontà (arg. *C. 1453*).

5° La condizione risolutiva è *espressa* o *tacita:* è detta *tacita* la condizione risolutiva che è sempre sottointesa nei contratti *bilaterali* (ai negozii *unilaterali* non si applica tal nozione) per il caso in cui una delle parti non soddisfaccia alla sua obbligazione (*C. 1165*). Fonte di cotesto istituto è l'equità, dacchè parve giusto concedere a chi si obbligò solo a causa del diritto stipulato in corrispettivo, il mezzo di porre nel nulla il contratto, quando per l'inadempimento questa càusa fosse venuta meno.

§ 65. — *Adempimento delle condizioni.*

V. fonti cit. nel § preced.

Si dice *esistente* (cond. existit), *adempita* la condizione, quando l'avvenimento che la determina si è avverato nel modo stabilito nell'atto, o verisimilmente voluto ed inteso dalle parti (*C. 1166*); in conseguenza, se si fosse stabilito un termine entro il quale l'avvenimento doveva verificarsi, l'*esistenza* della condizione si avrà quando nel termine prefisso si sia avverato; se non vi fosse tempo determinato, la condizione può essere sempre adempita (*C. 1167*),

perchè solo del verificarsi dell'avvenimento dipende la efficacia del negozio già posto in essere.

È *pendente* (*pendet*) la condizione finchè domina l'*incertezza* sul suo avverarsi; è *mancata (c. deficit)* quando si ha la *certezza* che non si può più avverare; ed in quest'ultimo caso, se fosse determinato il tempo, si direbbe *mancata* la condizione non verificatasi nel termine fissato (*C.* ***1167***).

Applicando questi concetti alla distinzione fra le condizioni *affermative* e le *negative*, si ha che le une esistono quando si è avverato il fatto (*positivo*), le altre quando non si è *avverato;* e se l'avvenimento non doveva seguire in un determinato tempo, essa s'intende verificata quanto questo tempo sia spirato senza che l'avvenimento segua; ed anche prima di questo termine, se sia certo che non seguirà, ciò che pure vale per il caso non fosse apposto alcun tempo (*C.* ***1168***). Le affermative mancano quando il fatto positivo non si è avverato, le negative quando si è avverato.

A. Come nella *volontà* in ordine alla costituzione del negozio giuridico, così nell'*adempimento* della condizione influisce di molto il criterio della *responsabilità;* se l'adempimento non avesse luogo per il *mal volere* di chi dal suo verificarsi dovesse rimanere obbligato, si ha tuttavia come avverato (***1169***).

B. Invece, quando l'avvenimento dipendesse (in tutto o dal concorso) della volontà di chi ha il diritto condizionato al suo verificarsi, qualora per caso fortuito cotesto atto non potesse venir posto, la condizione si ha per adempita (per es., *se sposerai Tizio,* questi non annuisse al matrimonio). Ciò tuttavia non ha luogo, quando il solo verificarsi assoluto dell'avvenimento fosse contenuto nella condizione.

§ 66. — *Effetti della condizione.*

V. fonti cit. nel § preced.

A. Pendente la condizione *sospensiva,* chi ha il diritto subordinato al suo avverarsi non lo ha ancora in modo *certo*, e perciò non può farlo valere (ond'è che la prescrizione non corre riguardo ai diritti condizionati sinchè la condizione pende, *C.* ***2120***); che se l'obbligato adempisse durante cotesto termine alla sua obbligazione,

potrebbe (qualora il suo fatto non indicasse rinuncia alla condizione) ripetere il dato. Ma siccome cotesta incertezza contiene la possibilità che il diritto nasca (*spes debitum iri*), così il creditore può esercitare tutti gli atti che tendono a conservare i suoi diritti (*C. 1171*): può con domanda giudiziale contro il terzo, interrompere la prescrizione all'oggetto di far dichiarare la sussistenza del diritto sospeso da condizione (*C. 2126*).

Pendente la condizione *risolutiva*, il negozio al quale è annessa esiste come incondizionato, puro.

Nei due casi, quando il *creditore* sia morto prima dell'adempimento della condizione, le sue ragioni passano all'erede (*C. 1170*), perchè chi stipula, lo fa per sè e per gli eredi; ma le disposizioni di ultima volontà, quando il chiamato sia morto prima dell'adempimento della condizione sospensiva, sono prive di effetto, presumendosi fatte *intuitu personae*, in considerazione diretta del chiamato (*C. 853*), non degli eredi di esso.

B. Adempita (existente) la condizione *sospensiva*, il negozio acquista tutta la sua efficacia sin dal momento nel quale venne costituito, purchè al tempo in cui la condizione si è avverata, si abbiano ancora tutti gli altri estremi necessarii alla sua esistenza. Cotesto effetto *retroattivo* inerisce alla entità della condizione, stante il suo rapporto colla dichiarazione principale, in cui la volontà diretta al negozio esisteva intera; avverato il fatto dal quale ne dipendeva la efficacia, questa esiste per la *volontà* dal giorno della manifestazione giuridicamente fattane. Quindi, i frutti che la cosa avesse prodotto nell'intervallo, appartengono a chi aveva il diritto condizionato, e i diritti che questi avesse accordato sulla cosa acquistano piena forza, essendo conceduti da chi ne aveva il potere (*C. 1170*); e non hanno effetto quelli che avesse accordato chi era obbligato condizionalmente.

Adempita la condizione *risolutiva*, in forza dell'efficacia retroattiva sua, le cose sono rimesse nello stato in cui erano, come se l'atto non avesse mai avuto luogo (*C. 1158*); essa governa l'efficacia della dichiarazione principale in modo, che, avverandosi, la toglie interamente, come se fosse dichiarazione di non volere. Perciò, dovrà esser fatta restituzione della cosa a chi l'aveva trasmessa sotto condizione risolutiva (il quale ha all'uopo un'azione *reale*), ed anche dei frutti

che il soggetto del diritto condizionato avesse avuti nell'intervallo; nè hanno efficacia i diritti che sulla cosa questi avesse accordato ai terzi pendente la condizione; come pure, avvenuta questa, cessano di aver effetto i rapporti derivanti da atti di amministrazione (per es. locazione). Sono efficaci invece i diritti accordati nell'intervallo da chi era obbligato sotto la condizione poscia avveratasi:

1° La volontà delle parti può escludere la efficacia retroattiva della condizione, cosicchè, nel caso di condizione sospensiva l'atto avrà nascita dal giorno dell'adempimento, e nel caso di condizione risolutiva sarà posto nel nulla da questo termine (risoluz. *ex nunc*, a differenza della risoluz. *ex tunc*).

2° La condizione risolutiva *tacita*, considerata rispetto alle parti, non agisce mai di *pien diritto* (*C.* ***1165***, arg. *C.* ***1512***); la risoluzione dell'atto va chiesta giudizialmente, ed il giudice può, qualora la condizione risolutiva sia tacita, accordare secondo le circostanze, una dilazione al convenuto (*C.* ***1165***). Questo potere è giusto temperamento alla estensione data alla condizione risolutiva, col sottointenderla nei negozi bilaterali; e, mancando la causa che lo suggerì, non ha luogo quando la condizione risolutiva fosse *espressa*. Opera di diritto nei casi in cui la legge ciò conceda espressamente per motivi speciali all'ipotesi che governa (*C.* ***1512***).

La condizione risolutiva *espressa* non vuol essere chiesta giudizialmente a differenza della tacita (arg. *C.* ***1167***), a meno che l'atto non voglia il contrario; sebbene per farne constare l'avvenimento, possa essere necessario un atto della parte cui interessa l'opporla.

3° La condizione risolutiva sia *espressa* che *tacita* è efficace per sua natura di fronte a tutti; salve le eccezioni di cui si dirà nel trattare degli effetti che la risoluzione del diritto del concedente ha rispetto ai diritti reali da lui accordati sulla cosa ai terzi.

4° La condizione risolutiva non toglie validità agli atti di amministrazione consentiti, mentre era pendente, da chi aveva il diritto condizionato, quando la legge lo disponga (*C.* ***1528***).

5° La retroattività della condizione sta, anche se questa fosse potestativa.

C. Mancata la condizione (*cond. deficiente*) sospensiva, l'atto non può più sortire efficacia alcuna, essendo *certo* che non si veri-

ficherà (nel modo voluto dalle parti) l'avvenimento dal quale dipendeva la sua esistenza; mancata la condizione *risolutiva*, è *certo* che nulla potrà minacciare l'esistenza già data al negozio cui era aggiunta, e l'atto continuerà ad essere efficace come incondizionato.

§ 67. — *Del termine.*

Savigny, §§ 125-127; Windscheid, § 96; Vangerow, § 97; Arndts-Serafini, § 73; Dernburg, *Pand.*, I, §§ 113-114; Unger, § 83; Förster, § 37; Siebenhaar, §§ 71-72; Aubry et Rau, § 303; Laurent, XVII, 183-215.

C. civ. it., a. 1172-1176; C. civ. fr., a. 1185-1188; C. c. austr., §§ 902-904; C. c. sass., § 82 e segg.; C. c. neerl., a. 1304-1307; C. c. della Rep. Arg., a. 566-573; C. c. messic., a. 1471-1478; C. c. del Guatem., a. 1458-1459; C. c. dell'Ur., a. 1394-1401; C. c. del Chilì, a. 1494-1498.

Il *termine* considerato in rapporto alla dichiarazione principale cui accede, si distingue in

primordiale (dies a quo, ex die), detto pure *sospensivo*, che determina il tempo dal quale il negozio (non la volontà rispetto al negozio, come avviene per la condizione) avrà la sua efficacia giuridica, ed *estintivo* (detto pure *risolutivo*) o finale *(dies ad quem, ad diem)*, che indica il tempo sino al quale il negozio avrà efficacia.

Considerato in ordine al modo con cui può essere determinato, si distingue in

certo, se è precisato il giorno in cui arriverà, o che questo giorno sia designato secondo il calendario, o posto in relazione ad un avvenimento che non può mancare, perchè il giorno sarebbe fissato da principio; ed *incerto*, quando dell'avvenimento in relazione al quale è fissato, non si sappia *se* avverrà, oppure *quando* avverrà, o *se* e *quando* avverrà. Se la incertezza si avesse sul *se*, oppure sul *se* e *quando* l'avvenimento si verificherà, si avrebbe un avvenimento *incerto*, dal quale dipenderebbe l'efficacia del negozio, che incerto a sua volta, sarebbe non a termine, ma *condizionale:* a meno che non constasse che, malgrado le parole adoperate, la *volontà* non fosse diretta a porre una condizione, sibbene un semplice *termine* (**C. 854**).

L'*effetto* del termine non è di sospendere o di risolvere (in questo senso conviene intendere le locuzioni di *termine sospens.*, *termine risol.*) la efficacia del negozio cui è inerente, ma di indicare *da quando*, oppure *sino a quando* tale efficacia può essere esercitata. Differisce dalla *condizione*, perchè mentre in questa per la incer-

tezza dell'avvenimento è pure *incerto* il negozio, invece nel termine si ha la *certezza* del negozio, il quale dovrà *certamente cominciare*, oppure *essere estinto* il giorno fissato. Da cotesta *certezza* in ordine al negozio ed al tempo (prim. o finale) di sua esistenza, deriva che mentre la condizione avverata retroagisce sino alla data del negozio, perchè si è voluto *attualmente*, sebbene sotto condizione, invece nel *termine* si è voluto *da* o *sino al tempo* fissato, e la retroattività è inconcepibile.

E dato questo concetto del termine, si ha, che ove sia annesso al trasferimento od alla costituzione di un diritto reale, il negozio esisterà dal giorno fissato o sino al giorno fissato; per il che hanno giuridico valore i diritti acquistati dai terzi nell'intervallo. Nei diritti di obbligazione, questa non è sospesa ma ne è ritardata la *esecuzione* (*C. 1172*), perchè *chi deve a termine, nulla deve attualmente*; ond'è che il creditore non potrà prima della scadenza *esercitare i diritti* del suo debitore (*C. 1234*).

Siccome il *termine* non toglie la certezza al negozio, così quando chi ha il diritto subordinato alla sua scadenza, morisse prima di questa, trasmette le sue ragioni agli eredi (*C. 864*).

L'apposizione del termine ripugna alla essenza di alcuni atti; per esempio il matrimonio (*C. 95*), e le disposizioni a titolo universale (*C. 851*), nel qual ultimo caso il termine primordiale o finale si ha per non apposto, a meno che il termine primordiale non fosse contenuto sotto l'apparenza di condizione (*C. 854*).

§ 68. — *Del modo.*

Savigny, §§ 128-129; Windscheid, §§ 97-100; Vangerow, § 98; Arndts-Serafini, § 74; Dernburg, *Pand.*, I, § 115; Unger, § 84; Förster, I, § 38; Dernburg, I, § 93.
C. c. della Rep. Arg., a. 558-565.

Modo è il negozio *accessorio* (meglio che determinazione accessoria), col quale è imposto un onere all'acquisto fatto col negozio *principale* (per es., il legato col peso che parte della somma sia data ad altri; che il legatario faccia un monumento al testatore); esso può accedere come tale solo agli atti di ultima volontà, perchè la sua apposizione ad un contratto si risolve in un patto attinente al negozio principale, od in una condizione.

Differisce dalla condizione e dal termine: *a*) perchè non rende incerta l'esistenza del negozio cui è inerente, il quale ha immediatamente efficacia; *b*) perchè il modo contiene una *obbligazione*, per il cui adempimento si ha azione. Differisce poi dall'enunciazione di un semplice desiderio, per l'interesse morale o pecuniario che ha mosso il disponente ad imporlo.

Può agire per l'adempimento del *modo* la persona nel di cui vantaggio venne imposto (l'erede come rappresentante il testatore, se il modo conteneva un peso relativo a quest'ultimo): l'onerato può liberarsi anche se vi soddisfaccia con cosa diversa da quella che ebbe, purchè la volontà del disponente sia adempita. E perchè si è in materia di obbligazione, i modi coi quali questa si estingue, possono venire invocati come causa di liberazione per l'inadempimento: per es. il caso fortuito.

§ 69. — *Lo scopo nel negozio giuridico.*

V. fonti cit. nel § preced.

Dal concetto della *condizione* e dal *modo* differisce lo *scopo* del negozio, sia esso *immediato* o *mediato*, tuttochè a quest' ultimo non si dia, di regola, importanza nel determinare l'efficacia giuridica del negozio. È *immediato* lo scopo che risponde alla efficacia dell'atto, al diritto che *immediatamente* ne deriva (*scopo* giuridico, *causa*); perciò l'atto è a titolo *oneroso* quando il diritto che nasce dal negozio è causa della obbligazione che il soggetto si assume: è a titolo *lucrativo*, quando si acquista il diritto senza imporsi per averlo una obbligazione che in esso abbia causa. Lo scopo *mediato*, *finale*, sta nel motivo che può aver determinato la volontà dell'agente, ma (a differenza della condizione e del modo), esso non influisce, di regola, sul negozio, dacchè il dichiarante *volle* realmente, ed alla sua volontà reale risponde la manifestazione fattane. Tuttavia, se questo *scopo finale* fosse stato espresso, potrebbe valere, esaminata la volontà del dichiarante, come *condizione* o *modo;* negli atti di ultima volontà vale, perchè dalla verità di esso dipende la esistenza dell'atto (*C. 828*), che esclusivamente ne sia stato determinato.

§ 70. — *La interpretazione del negozio giuridico.*

SAVIGNY, § 31; WINDSCHEID, § 84; VANGEROW, § 102; ARNDTS-SERAFINI, § 75; DERNBURG, *Pand.*, I, §§ 123 e seg.; FÖRSTER, I, § 43; DERNBURG, I, §§ 117 e seg.; AUBRY et RAU, § 347; LAURENT, XVI, 500-513.

C. civ. it., a. 1131-1139; C. c. fr., a. 1156-1164; C. c. austr., §§ 914 e segg.; C. c. sass., §§ 809 e segg.; C. c. neerl., a. 1378-1387; Cod. c. port., a. 684-685; C. c. mess., a. 1440-1441; C. c. del Chilì, a. 1560-1566.

Allorchè la manifestazione della volontà è fatta in guisa da non apparire con chiarezza quale ne sia la entità, si ricorre alla *interpretazione*, il cui scopo è di accertare quanto sia stato *realmente* voluto; perciò la regola che non si deve badare al senso letterale delle parole, ma alla *intenzione* del dichiarante, e, quando il negozio sia *bilaterale*, alla *comune* intenzione delle parti (*C. 1131*). Conseguentemente, per quanto generali siano le espressioni adoperate, il negozio non comprende se non le cose per le quali apparisca che lo si è voluto costituire (*C. 1138*); ma d'altra parte, l'avere enunciato un caso a spiegare un patto, non implica la presunzione che siansi voluti escludere i casi non espressi, ai quali, secondo la ragione, potrebbe estendersi lo stesso patto (*C. 1139*). È appunto per cogliere cotesta volontà reale, che le clausole di un atto si devono interpretare le une per mezzo delle altre, dando a ciascuna il senso che risulta dall'atto intiero (*C. 1136*).

Le parole, i patti ambigui si interpretano secondo l'uso comune del luogo ove il negozio ebbe vita (*C. 1134*), ma siccome (trattandosi di *parole* ambigue) la interpretazione grammaticale non può avere efficacia prevalente nel dichiarare la volontà, così le parole vanno sempre intese nel senso più conveniente alla materia, alla *natura* dell'atto (*C. 1133*); dal che deriva, che nei negozi a titolo oneroso, non presumendosi il vincolo posto alla libertà (*obbligazione*) oltre quanto è espresso chiaramente, nel dubbio si interpreta contro chi ha stipulato, ed in vantaggio di chi ha contratto la obbligazione (*C. 1137*); nei negozi a titolo lucrativo si interpreta sempre in modo che la *liberalità* abbia effetto nel modo più ampio. Finalmente, quando la clausola ammettesse due sensi, in modo che intesa nell'uno avrebbe effetto, e nell'altro sarebbe addirittura inutile, le va dato a preferenza il primo significato (*C. 1132*).

È a notare, come in un contratto si debbano avere per apposte le clausole che sono d'uso, tuttochè non ricordate (*C.* ***1135***), presumendosi che le parti vi si siano riferite tacitamente; ond'è che questa presunzione può essere esclusa dal senso delle altre clausole, o dalla materia o dalla natura dell'atto.

§ 71. — *La invalidità del negozio giuridico. Mezzi sanatorii di essa.*

SAVIGNY, §§ 202, 213; WINDSCHEID, §§ 70, 82 e seg.; VANGEROW, §§ 100-101; ARNDTS-SERAFINI, § 79; DERNBURG, *Pand.*, I, §§ 120-122; UNGER, §§ 91-92; FÖRSTER, I, § 41; DERNBURG, I, §§ 77-79; SIEBENHAAR, § 63; AUBRY et RAU, § 332-339; LAURENT, I, 526-646.

SOLON, *Théorie sur la nullité des actes* (ed. 1840).

C. civ. it., a. 1300-1311; C. c. fr., a. 1304-1340; C. c. neerl., a. 1482-1492; C. c. port., a. 687-701; C. c. della Rep. Arg., a. 1059-1065.

È occorso di esaminare la *invalidità* di un atto (sotto le due forme di *inesistenza* e di *annullabilità*) quale conseguenza del conflitto fra la legge e la contraria volontà dei particolari: dei criteri posti, delle differenze notate fra l'*inesist.* e l'*annull.*, va ora fatto richiamo, studiandole in relazione al negozio giuridico, ossia rapporto fra esse e la *volontà* che è il fondamento del negozio. L'*annullabilità* si riferisce appunto ai vizii i quali infirmano la volontà dichiarata, e ciò avviene:

1° in ordine alle persone cui facesse difetto la capacità di agire, tanto se la incapacità è solo riconosciuta (minori, minori emancipati, interdetti, inabilitati), quanto se sia opera esclusiva della legge (donna maritata);

2° in ordine ai vizii propriamente detti, che intaccassero la volontà, il consenso.

Esaminata l'annullabilità sotto il primo aspetto, si ha ch'esiste quando il minore non emancipato abbia fatto da sè un atto senza l'intervento del suo legittimo rappresentante, il quale ha dalla legge la missione di supplire al suo difetto di volontà; del pari, quando il minore emancipato abbia fatto da sè un atto per il quale la legge richiede l'assistenza del curatore, e quando le formalità che a guarentigia dei minori sono stabilite (autor. del cons. di fam., omolog. del Tribun.), non fossero state osservate (*C.* ***1303***). L'annullabilità in questi casi non dipende da *lesione* che l'atto possa aver cagio-

nato al patrimonio del minore, ma dalla sua *condizione* di minore; il che pure avviene quando l'interdetto e l'inabilitato avessero agito l'uno senza l'intervento del tutore e l'altro del curatore, e quando la donna maritata avesse agito senza l'autorizzazione maritale nei casi in cui è richiesta.

Il motivo su cui è fondata l'annullabilità in esame, dimostra perchè non esista, *a*) quando gli atti compiuti nell'interesse di un minore, di un interdetto, di un inabilitato, lo siano stati nei modi voluti dalla legge (*C.* **1304**): la incapacità sarebbe qui corretta dall'autorità del rappresentante o del curatore, e perciò gli atti hanno la forza che avrebbero ove fossero fatti da un maggiore di età pienamente capace, salvo all'amministrato il diritto di rivalersi, per danno avutone, contro il suo amministratore (*C.* **1304**); *b*) quando il minore con raggiri o mezzi dolosi avesse occultato di esser tale, perchè il fatto mostrerebbe tale sviluppo d'intelligenza che contrasterebbe colla presunzione di difetto onde è motivata la incapacità (*malitia supplet aetatem*), e anche qui il criterio della *responsabilità* soccorre quello della volontà. La prova di cotesti mezzi dolosi non è data dal dichiarare che il minore avesse fatto di essere maggiore, perchè sarebbe facile eludere la legge ottenendo dal minore cotesta dichiarazione, la quale non al dolo suo sarebbe così dovuta, ma al *dolo* dell'altro contraente (*C.* **1305**).

L'azione cui dà luogo l'annullabilità toglie nella legge nome di *azione di nullità* o di *rescissione* (*C.* **1300**), sebbene talvolta (*C.* **1514, 1529**) questa seconda denominazione sia riservata per la *lesione*. Differenza assoluta fra i due termini non vi è (la legge li ricorda entrambi solo per ragioni storiche), e tanto la nullità quanto la rescissione di un atto conseguono dalla invalidità di esso *a causa di un vizio che gli era inerente sin dal tempo di sua nascita* (per es., *nullità* per incapacità, *lesione* per il prezzo inferiore della metà al giusto valore). Occorre tuttavia avvertire, che l'azione di rescissione a causa di *lesione* non si può proporre, ancorchè si tratti di minori, se non nei casi e nelle condizioni specialmente espresse dalla legge (*C.* **1308**), giacchè il diritto impedisce che alla *lesione* sia, a danno della efficacia dei contratti, data la estensione ordinata dalle vecchie legislazioni (*restitut. in integr.*); e che la *conferma* non ha luogo in ordine a cotesta azione, perchè

l'atto sarebbe infetto dal vizio stesso di lesione. L'azione è patrimoniale, non personale: perciò passa agli eredi (*C. 1301*), e può essere esercitata anche dai creditori della persona cui compete (*C. 1234*).

L'annullabilità può essere sanata, e per i diversi mezzi di sanatoria vale la regola che « in tanto son validi in quanto al tempo in cui vengono posti in essere sia cessata la causa onde emana l'annullabilità dell'atto (arg, *C. 1300* al. sul tempo in cui la prescrizione comincia a decorrere) »; diversamente, il mezzo sarebbe infirmato dal medesimo vizio, le cui conseguenze vorrebbe togliere. La sanatoria è data, 1° dalla prescrizione *quinquennale* (tranne per i casi in cui una legge particolare non richiedesse un tempo minore, *C. 1300*), 2° dalla *conferma*, che è l'atto col quale chi aveva diritto ad impugnare di annullabilità un contratto, vi rinunzia; in forza di cotesto atto *unilaterale* (rinuncia ad un diritto) cessa per il negozio la minaccia di annullabilità. La conferma può risultare da un atto *espresso* o *tacito:* nel primo caso l'atto deve contenere la sostanza della obbligazione che si vuol confermare, il motivo che la rende viziosa, e la dichiarazione di voler togliere il vizio su cui è fondata la nullità; nel secondo, esiste appena l'obbligazione sia in *tutto* o nella *maggior parte eseguita volontariamente* da chi conosce il vizio, e lo sia dopo il tempo in cui la conferma poteva esser data validamente (*C. 1309*). Questo in coerenza alla condizione per la validità degli atti sanatorii; badando poi alla natura della conferma, si ha che *a*) fra le parti, vale rinuncia ai mezzi e alle eccezioni che potevano opporsi contro l'atto confermato, e perciò l'atto si ritiene come se mai fosse stato viziato (*effetto retroattivo*); ma *b*) i diritti che i *terzi* avessero acquistato prima, non ne soffrono (*C. 1309*), esistendo per essi la *rinuncia* solo dalla sua data.

La *nullità* pronunciata produce i seguenti effetti: *a*) *fra le parti*, l'atto è privato di ogni efficacia giuridica, come se mai avesse avuto luogo, cosicchè chi gli avesse dato esecuzione, ha diritto di ripetere il dato, e, secondo i casi, di avere la restituzione dei frutti. Tuttavia, non si può pretendere il rimborso di quanto venne pagato in forza della obbligazione annullata ad un minore, ad un interdetto, inabilitato, o ad una donna maritata, quando non si provi che il pagato venne rivolto a vantaggio di essi (*C. 1307*); se la legge avesse disposto altrimenti, avrebbe protetto tali persone contro la loro in-

capacità, coll'accordare a *causa di questa* la nullità, e dall'altro la protezione sarebbe mancata, con l'obbligarli a rendere cose che per cotesta incapacità consumarono senza profitto. *b*) Rispetto ai *terzi*, posto l'atto nel nulla, i diritti che avessero acquistato sulla cosa non hanno efficacia, perchè ritorna libera da qualunque peso alla persona in cui vantaggio venne pronunciata la nullità; tuttavia (secondo la norma generale sugli effetti dell'annullamento del diritto del concedente, rispetto ai diritti reali che avesse conceduto ai terzi, v. § 98) la legge eccettua dalla regola l'azione di rescissione *per causa di lesione*, disponendo che questa non pregiudica ai diritti acquistati sull'immobile che avessero acquistato anteriormente alla *trascrizione* della domanda di rescissione (*C. 1308*), conciliando così gli effetti della nullità colla *pubblicità* della domanda che ne fosse fatta.

1° L'azione di nullità può essere esercitata solo dalla *persona* in favore della quale venne stabilita, dagli eredi, od aventi causa.

2° *Compiuto* un atto, l'incapacità ad agire che fosse avvenuta posteriormente, non rende l'atto annullabile.

3° A differenza dell'*annullabilità*, la *inesistenza* di un atto (nullità assoluta) dipende: *a*) dal difetto assoluto del consenso, o di oggetto, o di causa del negozio; *b*) dalla invalidità dei fatti contrarii all'ordine pubblico ed ai buoni costumi; *c*) dall'inosservanza delle forme che la legge avesse stabilito per l'esistenza dell'atto. La *inesistenza* è insanabile (v. *C. 1310*); tuttavia, la conferma espressa o la esecuzione volontaria di una donazione o disposizione testamentaria per parte degli eredi ed aventi causa del donante o testatore, avvenute dopo la morte di lui, include la loro *rinunzia* ad opporre il vizio delle forme, e qualunque altra eccezione (*C. 1311*). Non la logica giuridica, ma la *equità* è il motivo della legge, che non concesse agli eredi di revocare quel che avessero già fatto in adempimento della *volontà* del loro autore.

§ 72. — *Della ingiuria; dolo e colpa.*

Windscheid, § 101; Vangerow, §§ 103-110; Arndts-Serafini, §§ 85-86; Unger, § 101; Förster, I, §§ 27-44; Dernburg, I, §§ 119-121; Siebenhaar, §§ 73-75. Hasse, *Die Culpa d. röm. Rechts* (e. 1838); Mommsen, *Beitr. z. Obligationenrecht* (e. 1855); Pernice, *Marcus Ant., Labeo,* I; Chironi, *La colpa nel dir. civ. odierno* (e. 1884-1887); Pollock, *The Law of Torts* (e. 1887).

Ingiuria è *lesione ingiusta del diritto altrui* (*quod non iure fit*): la guarentigia inerente al concetto di *diritto* tutela questo da qualunque offesa gli sia *illecitamente* (perchè *qui iure suo utitur neminem laedit*) fatta, e perciò a carico dell'agente nasce dalla lesione l'obbligo di rispondere, e di risarcire il *danno* cagionato. Effetto della ingiuria è perciò la responsabilità, dalla quale nasce l'obbligo all'indennizzo.

Tuttochè nel *fatto ingiurioso* abbia origine cotesta *obbligazione* dell'agente, pur conviene distinguere il caso d'ingiuria commessa in relazione ad un rapporto contrattuale o quasi contrattuale, preesistente fra l'autore dell'ingiuria ed il leso; anche qui si ha la *lesione ingiusta di un diritto,* ma siccome questo è nato dal rapporto contrattuale, la presenza del contratto influisce in varii modi sulla *entità* dell'ingiuria e sulle sue conseguenze. Perciò la *ingiuria* relativa all'adempimento di un vincolo obbligatorio precedente, è modo speciale d'essere della *ingiuria* in generale.

L'ingiuria *oggettivamente* è offesa ingiusta del diritto, e può consistere in un fatto *positivo,* od in una *omissione* che è ingiusta solo quando chi omette di fare fosse *obbligato* a fare. Ma la *responsabilità* che ne consegue, richiede il concorso di questo elemento oggettivo unito ad altro *soggettivo* concernente la capacità ad ingiuriare dell'agente, il quale è *responsabile* quando sia accertato il rapporto di causalità fra la capacità sua all'ingiuria, e l'offesa commessa. Cotesta *capacità* non è data dalle norme che di essa si hanno nel negozio giuridico, perchè non si adattano tutte alla necessità di proteggere il diritto da ogni ingiusto attacco; quelle infatti hanno causa nella *protezione* spiegata dalla legge verso chi è presunto inabile a guidare per bene le cose sue, e invece nella specie la *protezione* è relativa al diritto leso. Onde la regola, che « è *capace* ad ingiuriare chi, *volendolo,* abbia commesso il fatto illecito (ingiuria),

o, non avendolo voluto *direttamente*, poteva misurare le conseguenze *illecite* di un suo fatto in sè lecito ». Perciò, anche trattandosi di un minore, di un interdetto o inabilitato, o di donna maritata, si dovrà esaminare in relazione al *fatto* speciale la loro capacità, e decidere in conseguenza, perchè tanta sarà la loro responsabilità quanta la *capacità* che in essi fosse accertata; in questo senso è da intendere il precetto che « il minore è pareggiato al maggiore di età per le obbligazioni nascenti da delitto o quasi delitto (***C. 1306***) ».

Il criterio dato in ordine alla *capacità*, dimostra come si possa aver capacità ad ingiuriare volontariamente, e ad ingiuriare per omissione di diligenza, ossia capacità di *dolo*, e capacità di *colpa*; entrambi riguardano lo stato del soggetto agente, il quale può aver *voluto* direttamente la ingiuria, o può non averla voluta e solo dalla di lui negligenza è derivata la lesione. L'elemento oggettivo « ingiuria » è comune all'uno ed all'altra, e siccome a tutela del diritto, si bada al solo fatto della *lesione ingiusta*, ove questa si abbia, sorge la responsabilità, dipenda essa da *dolo* oppure da sola *colpa*. Ond'è che nel *dolo* e nella *colpa* studiati come istituti a sè, l'elemento oggettivo va distinto dal soggettivo.

La parola *colpa* in senso lato contiene anche il *dolo*, ma non è in questo significato che va qui adoperata. Nel suo esatto valore, considerata come contrapposizione al concetto del *dolo*, è *omissione di diligenza*, e per sè è graduabile: colpa *grave* (*c. lata*, da equipararsi al *dolo*, sebbene la entità ne sia diversa), colpa *leggera* (*c. levis*) e colpa *leggerissima* (*c. levissima*); l'una è data dalla mancanza di diligenza, della quale la mente più limitata sarebbe capace; la seconda dalla mancanza della diligenza di un buon *padre di famiglia*, la terza dalla mancanza della diligenza che potrebbe tenere un diligentissimo padre di famiglia, e questa confina col *caso*. Questo tipo di confronto « *buon padre di famiglia* » dà la diligenza *in abstracto*, opposto alla diligenza che uno è solito a tener nelle cose sue, ch' è diligenza *in concreto*; i termini corrispondenti della *colpa* sono la colpa *in abstracto* e la colpa *in concreto*. Figura speciale assume la diligenza *in custodiendo* (*custodia*), che rende responsabile chi si è obbligato di qualunque perdita o deterioramento che non abbia causa nella forza maggiore o nel caso fortuito: la *colpa* corrispondente è la c. *in custodiendo*.

Il *dolo* e la *colpa* hanno nome di *contrattuale* se la lesione di cui furono causa è relativa ad un contratto al cui adempimento l'agente era tenuto verso il leso: quando la lesione fosse indipendente da così fatto vincolo, si ha il *delitto* (dolo) e il *q. delitto* (colpa; *colpa aquiliana*). Nei due casi l'entità della colpa è una; ma la presenza del contratto dà luogo alle seguenti differenze fra la c. contrattuale e la c. aquiliana: *a*) l'incapace a contrattare non può essere capace di colpa nell'adempimento del contratto stesso; *b*) la *c. aquiliana* comprende i tre gradi notati (salva la disposizione contraria della legge, ***C. 1224*** al.), mentre la contrattuale (per la possibilità che le parti hanno, a differenza di quanto avviene nel q. delitto, di determinare all'epoca del contratto il grado di diligenza) comprende di regola la *c. lieve*, senza che influisca il distinguere a quale delle parti l'atto rechi utilità (***C. 1224***): eccezionalmente, si può rispondere solo (caso di minor rigore) della *grave* (p. es., ***C. 970***), oppure anche della leggierissima (caso di maggior severità; p. es., ***C. 1631***). *c*) In casi specialmente determinati ha luogo la c. *in concreto* (***C. 1224, 1843***), che è a sua volta in via eccezionale suscettibile di maggior rigore (***C. 1844***). *d*) La c. aquiliana va provata: la c. contrattuale no, perchè riferendosi al contratto, chi era tenuto ad adempierlo, deve dimostrare che se non lo potè, o non lo potè per bene, ciò non è ascrivibile a sua colpa: deve cioè dimostrare di aver compito all'obbligo spettantegli. *e*) La colpa contrattuale può essere aumentata o diminuita dal consenso precedente delle parti; nell'aquiliana il patto liberatorio *precedente* sarebbe contrario alla morale pubblica, contenendo eccitamento ad ingiuriare.

1. Stante la loro diversa natura, non vi può essere compensazione fra il *dolo* di una parte e la colpa dell'altra, neppure se questa fosse *grave;* ma, per la ragione opposta, può aversi la *compensazione* della colpa.

2. Dal concetto della ingiuria deriva che la *ingiustizia* della lesione manca, se il leso *volle* il fatto che ne fu causa (*volenti non fit iniuria*): ciò sta peraltro, quando chi volle la lesione fosse capace di volere, e oggetto di questa non fosse tal cosa per cui il *patto* fosse contrario alla morale pubblica (p. es. omicidio-suicidio).

§ 73. — *Della utilità come fonte di rapporti giuridici.*

Indipendentemente dalla volontà diretta alla costituzione di un negozio giuridico, od alla violazione di un diritto, e dalla colpa, vi ha un'altra fonte di rapporti giuridici, la *utilità*. La quale opera in due modi, dando luoghi a due specie distinte di rapporti: *a*) l'*utilità*, che una persona, senza averne avuto incarico, e senza che vi fosse divieto, reca ad un'altra amministrandone gli interessi, costituisce un rapporto di *rappresentanza* fra esse (§ 74), perchè non sarebbe equo che l'interessato (*dominus negotii*) non dovesse tenere per sua l'amministrazione dei proprii affari che ebbe luogo vantaggiosamente (*gestione d'affari*); *b*) l'*utilità* che altri avesse tratto ingiustamente dal danno altrui, obbliga al risarcimento, α) in proporzione del vantaggio avuto senza diritto (*nemo locupletior fieri debet cum alterius iactura*), e dal fondamento della obbligazione si deduce la misura sua: β) o in proporzione del *danno*, se questo fu minore della *utilità*, perchè il *risarcimento* non può superarlo (*C.* ***1148*** in f.). Nell'un caso la utilità legittimamente procurata, nell'altro la utilità illegittimamente acquistata è fonte di rapporti giuridici.

Combinando i due principii esposti, la legge pone quest'altro: *c)* chi, adempiendo ad un obbligo, reca utilità ad altri, e soffre *perdita* in conseguenza di tale adempimento, ne va risarcito dalla persona alla quale ridonda l'utile; perchè altrimenti la utilità parrebbe ottenuta ingiustamente (***C. 1141*** e segg.). Il principio concernerebbe per natura sua i casi in cui l'obbligato agisse *gratuitamente*, ma la legge, *senza distinguere*, l'applica in casi speciali (***C. 1754***): esso non è suscettibile di applicazione per analogia, perchè, di regola, chi opera in forza di un'obbligazione non ha diritto che il creditore lo indennizzi dei danni che gliene derivano, tranne il caso di *colpa* della quale il creditore debba rispondere.

§ 74. — *La* rappresentanza *ed il rapporto giuridico.*

SAVIGNY, § 73; WINDSCHEID, § 75; DERNBURG, *Pand.*, §§ 117-119; ARNDTS-SERAFINI, § 76; UNGER, § 90; DERNBURG, I, § 113; FÖRSTER, I, § 42; CHIRONI, *La Colpa nel dir. civ. odierno*, p. I: p. 2, vol. I.

La costituzione del rapporto giuridico ha luogo sia coll'intervento diretto, immediato, del soggetto che lo pone in essere, sia coll'agire ch'egli faccia per mezzo di altra persona, la quale mentre opera *a nome* e *nell'interesse* di quella, ne sia semplicemente lo strumento: in tal caso, l'agente non opera per sè: la volontà ch'egli manifesta è quella della persona a cui nome e conto agisce, è questa che in lui s'immedesima giuridicamente, a modo che la sua personalità ne rimane assorbita. Cotesto istituto è la *rappresentanza*, « la funzione per la quale una persona (*rappresentante*) operando a nome e nell'interesse di un altro (*rappresentato*), lo rende soggetto dei negozii posti in essere da lei nella sua qualità di rappresentante ». La rappresentanza così definita, si può chiamare *vera* o *propria*, perchè il rapporto fra l'agente e la persona a cui nome e conto egli opera, è stato fin da principio diretto a cotesto fine: si ha invece la *rappresentanza* in senso generale quando altro è il rapporto stipulato, ma il concetto della rappresentanza ne consegue di necessità: del primo è esempio il *mandato*, del secondo la *locazione d'opera*. Vi ha una rappresentanza chiamata *indiretta*, e si ha quando l'agente opera a nome proprio, ma nell'interesse del terzo (p. es. il commissionario); qui sarebbe ristretta solo ai rapporti fra il rappresentante ed il rappresentato: e perchè manca il criterio essenziale alla rappresentanza, meglio che indiretta, essa è *non vera*.

A. I *fonti* della rappresentanza sono *a*) la *convenzione*, e *b*) la *legge:* dei quali nell'uno domina la libera *volontà* dell'interessato, nell'altro la *utilità* sua; perciò la rappresentanza si distingue in *convenzionale* e *legale*. Esempio della prima si ha nel *mandato*, e questa è la figura giuridica che pure occorre nella determinazione del rappresentante che la *persona giuridica* si dà; nella seconda poi conviene avvertire che la legge, *a*) o impone direttamente il rappresentante nell'interesse, nella utilità del rappresentato il quale non avrebbe capacità a provvedervi, come avviene nella *tutela*;

oppure, *b*) lo impone in vista della utilità derivata all'interessato capace che non avesse dato mandato, come si ha nella *gestione di affari*.

B. *Effetto* della rappresentanza è « che gli atti compiuti del *rappresentante in questa qualità*, si presumono posti direttamente in essere del rappresentato a cui nome e interesse ebbero luogo »: norma della quale si contengono gli elementi di sua applicazione, e cioè, che « *l'atto lecito od illecito sia compiuto dal rappresentante* in *tale qualità* »; quindi, manca la rappresentanza: se l'azione non possa dirsi eseguita dal *rappresentante*, il che avviene quando non fosse validamente nominato (p. es. mandatario costituito da persona incapace a nominarlo): o quando l'azione non si potesse riferire alle facoltà concessegli, od al loro esercizio, perchè, oltre i limiti segnati dalla convenzione o dalla legge al rappresentante, questi manca di tal qualità e mancano perciò gli effetti della rappresentanza. È da por mente in ordine ai *limiti*, come rispetto ai terzi non avrebbero alcun valore le clausole segrete convenute fra rappresentato e rappresentante, con le quali venisse cangiata la estensione delle facoltà date notoriamente: solo a queste si riferiscono gli effetti della *rappresentanza* veramente, propriamente detta, perchè i terzi sanno con chi (il rappresentato) agiscono trattando col rappresentante, e sino a quali limiti possono, col di lui mezzo, obbligare il rappresentato, ed obbligarsi verso di esso.

1. Nella distinzione fra la rappresentanza *vera e propria* e la rappresentanza *in genere*, è già insita la diversa estensione che nei due casi si ha quanto ai poteri del rappresentante, sebbene le regole generali esposte si riferiscano ad ambi casi. Nell'una, siccome il rapporto costituito sia da principio è la rappresentanza, il rappresentante agisce in cotesta qualità, contraendo a nome e conto del rappresentato quei negozii attinenti all'oggetto per il quale gli viene conferito l'incarico; nell'altra, la rappresentanza esiste solo in conseguenza degli atti illeciti (*ingiuria*) che verso i terzi commettesse il rappresentante nel compimento dell'incarico affidatogli, e sorge *necessariamente*, indipendentemente dalla volontà del rappresentato. L'esistenza di questa *volontà* diretta alla rappresentanza fa sì, che nella rappres. propria, il rappresentante, operando in questa qualità, obbliga il rappresentato sì negli atti leciti che negli illeciti: la sua

mancanza invece determina la rappresentanza *in genere* solo negli *atti illeciti* commessi nell'adempimento dell'*incarico* del servizio che al *rappresentante* fosse stato affidato (p. es. *locazione d'opera*); si ha cioè la *rappresentanza* solo per gli effetti verso i terzi lesi, non fra le parti che vollero direttamente un altro rapporto.

§ 75. — *Della* ratifica.

WINDSCHEID, § 74; VANGEROW, § 88; DERNBURG, *Pand.*, l. cit.; ARNDTS-SERAFINI, § 78; UNGER, § 92; DERNBURG, l. cit.; FÖRSTER, l. cit.; SIEBENHAAR, § 62; LABBÉ, *Sur les effets de la ratification des actes d'un gérant d'affaires* (1856); SEUFFERT, *Lehre von der Ratihabition d. Rechtsgeschäfte* (1868).

La *rappresentanza* sia *propria*, che in *genere*, se ha nascita in un atto col quale essa sia validamente costituita, onde il rappresentante agisce in virtù di poteri già demandatigli, può esistere ancora in seguito ad un atto posteriore col quale il dichiarante afferma di ritenere il fatto come posto in essere a suo nome; attribuisce cioè all'agente la qualità di suo rappresentante. Cotesto atto, col quale il rapporto di *rappresentanza* avviene dopo il fatto cui esso si riferisce, può aver luogo sempre quando tale rapporto non esistesse affatto fin da principio, o esistesse invalidamente: e si chiama *ratifica* (*ratihabitio: ratum habere*).

La *ratifica*, perchè sia valida, va fatta da chi ne abbia la *capacità*, e nel termine entro il quale può essere consentita efficacemente; se l'agente avesse dichiarato che la ratifica sarebbe intervenuta entro un dato tempo, spirato questo non potrà più esser data in modo valido; così pure, se l'atto in ordine al quale si vuol dare la ratifica non potesse più in questo tempo produrre effetto giuridico. Non vi è perciò ostacolo, se nel tempo in cui la ratifica è data, l'agente sia morto, od abbia perduta la capacità di *agire*, perchè ciò nulla toglie alla validità dell'atto compiuto; ma vi è, quando l'agente prima della ratifica abbia tolto, o sia concorso a togliere esistenza all'atto, la qual facoltà in lui peraltro cessa quando apparisse che nel costituirlo si ebbe in mente la *ratifica* del terzo. In questi due casi, la *volontà* dell'agente è legata da cotesto suo intendimento rispetto alla potestà del terzo di ratificare o no l'atto.

La ratifica quanto alla *forma* si distingue in *espressa* o *tacita;* quella perchè sia valida, deve contenere la sostanza dell'atto che si

vuol ratificare, la mancanza di incarico che la rendeva viziosa (rispetto al rappresentato ratificante), e la dichiarazione di ratificare; la tacita è data dall'*esecuzione volontaria*, in tutto od in parte, dell'atto che si ratifica (*C.* ***1319***).

L'*effetto* della ratifica *a*) ***rispetto alle parti:*** è l'aversi l'atto, *fin da quando venne* ***costituito***, come avvenuto per incarico del ratificante: cosicchè fra il ratificante e l'agente si reputa sorto *fin da principio* il rapporto di rappresentanza (*la ratifica agisce retroattivamente*): perciò si bada al tempo della costituzione per decidere della validità e degli effetti del negozio ratificato; e, *b*) rispetto ***ai terzi:*** non pregiudica i diritti che avessero acquistato anteriormente, ossia non ha efficacia retroattiva (*C.* ***1309***).

§ 76. — B) *Del* tempo *in relazione ai rapporti giuridici: della sua* divisione *e* durata.

Savigny, §§ 177 e seg., 195-201; Windscheid, §§ 102 e seg.; Vangerow, §§ 129-130; Brinz, § 112; Dernburg, *Pand.*, §§ 88-90; Arndts-Serafini, §§ 87 e segg.; Unger, § 103; Dernburg, I, §§ 61-70; Förster, I, § 45; Siebenhaar, § 71.

Il *tempo* esercita una influenza particolare sul *rapporto giuridico*, inquantochè,

a) la *nascita* o la *estinzione* di un diritto possono dipendere da uno stato speciale di cose che debba durare immutato per un certo *termine* (come avviene nella prescrizione *acquisitiva* e nella *estintiva*); possono dipendere pure dal decorso del *termine* che la volontà delle parti avesse stabilito (*dies a quo, d. ad quem*);

b) l'*esercizio* del diritto, quando fosse stipulato dalle parti il *termine*, 1° non può aver luogo prima della scadenza; 2° non può talvolta aver luogo in giorni che la legge appositamente indica (p. e.: in giorni festivi non si possono compiere atti di esecuzione, ***P. C. 42***); 3° il non esercizio del diritto entro il termine dichiarato appositamente può condurre all'estinzione del diritto stesso (*C.* ***1505, 1531***).

L'efficacia del tempo dipende talvolta dal suo semplice decorso, sebbene cause speciali possano muovere la legge ad attribuirgliela: così la necessità (per l'interesse generale a proteggere) che lo stato di una persona, o la *validità* di un contratto non rimanes-

sero a lungo in istato di dubbiezza, ha suggerito la estinzione del diritto d'impugnarli trascorso un dato termine (p. es., ***C. 163, 166, 1300***). Talvolta poi, non il *solo tempo*, ma circostanze che durino invariate durante il suo decorso, determinano la nascita di un diritto, come avviene nella prescrizione acquisitiva, cui fondamento è il *possesso legittimo.*

A. Di regola, la *divisione* del tempo è data dai seguenti *periodi: anno, mese, settimana, giorno*, la cui distribuzione ha luogo secondo il modo indicato dal *calendario gregoriano*, e dall'*ora*. L'*anno* è il periodo di dodici mesi, e si distingue in *comune* e *bisestile*, secondochè consti di 365 giorni oppure di 366, e in quest'ultimo caso il giorno in più viene attribuito al mese di febbraio; il mese ha una durata che secondo il calendario varia dai 28 ai 31 giorni; la *settimana* è composta dell'insieme di sette giorni; *giorno* è lo spazio compreso in un dato numero di ore (v. § 77, A).

B. Eccezionalmente, nella divisione del tempo la legge si riferisce alle *stagioni*, ognuna delle quali abbraccia un periodo di tre mesi principiante coll'*equinozio* (21 dicembre, 21 marzo, 21 giugno, 21 settembre) il quale trae nome dalla stagione che apre (***C. 624***); o si riferisce ad un *fatto* dell'uomo, il *turno*, (o ruota) per il quale, quando più persone esercitano successivamente il diritto di valersi di una data cosa, il tempo in cui principia l'uso di una è dato dalla fine dell'uso fattone dall'utente che precede (***C. 625*** e segg.).

La durata del tempo può essere determinata 1. dalla *legge;* 2. dalla *volontà particolare;* 3. dalla *consuetudine*. Quando il termine è fissato dalla *legge*, la disposizione è d'ordinario basata su motivi d'interesse generale, i quali non permettono perciò che la *volontà dei privati* possa derogarvi in modo veruno: è vero, che argomentando dal *tempo* determinato dalla legge come elemento il cui concorso decide dell'acquisto e della estinzione di un diritto, si può riescire alla decisione, che se la volontà privata non può fissare un termine più lungo, può fissarne uno più breve, perchè così il motivo che giustifica la legge è assolutamente rispettato; ma la sentenza non è ammessibile. Quando per motivi di ordine pubblico la legge statuisce che col *decorso* del *tempo* un diritto si acquista o si estingue, non si può da questo concetto separare l'altro della *designazione* del tempo: il carattere di ordine pubblico onde è legit-

timato il principio, informa tutta la disposizione non solo quanto all'effetto del *tempo* in *genere*, ma del *tempo occorrente* perchè l'effetto sia prodotto. La convenzione delle parti non può dunque aumentare o diminuire il tempo determinato dalla legge; a meno che (e la eccezione conferma la regola) questa non abbia indicato il termine come *misura massima*, onde la facoltà agli interessati di adottarne una minore (*C. 1516, 1571*). In questi casi, quando le parti avessero oltrepassato il termine massimo, potrebbe sorgere dubbio se per la invalidità della clausola l'atto cada interamente o il termine vada ridotto: l'esame sulla *volontà*, sul *consenso*, basterà alla decisione, salvi i casi nei quali la legge stabilisce che negli atti ove fosse stipulato un termine maggiore, questo s'intenderà ridotto al *massimo* determinato da lei (*C. 1516, 1571*): in cotesta ipotesi è superflua ogni disamina sulla volontà.

Se la *durata* del tempo fosse posta dalla legge semplicemente per supplire al silenzio che le parti avessero tenuto in proposito, la volontà privata può validamente derogarvi.

La *consuetudine* opera in modo da aumentare o diminuire questa durata nei casi in cui la legge le riconosce tal potere (*C. 1505*): avviene talvolta che la legge rimandi ad essa non in forma obbligatoria, ma per mancanza nell'atto di una clausola sulla durata del tempo, e allora le parti possono non osservarla (p. es., *C. 1607* ecc.).

§ 77. — *Il* computo *del tempo.*

V. fonti cit. nel § prec.

Le norme sul *computo* del tempo riguardano il modo di calcolare i periodi nei quali esso si divide, oppure la designazione del momento in cui il *termine* fissato *comincia*, e quello nel quale *finisce*.

A. Il *giorno* si distingue in *naturale* e *civile*: è dato il primo dallo spazio di tempo compreso fra il sorgere e il tramontare del sole (lo spazio compreso fra il tramonto e l'alba è detto *notte*), ed il secondo dallo spazio di ventiquattr'ore computabili da una mezzanotte all'altra; il primo computo ha luogo specialmente nella distribuzione di acqua per giorni e per notti (acqua *diurna*, acqua *notturna* (*C. 624*). Si ha pure la distinzione in giorno *festivo* e

giorno *di lavoro;* ha importanza perchè vi ha certi atti che in giorni festivi non si possono compiere (§ 76), e per l'uso dell'acqua che venisse fatto in tali giorni (*C. 624*).

Il *mese* consta di un numero di giorni che non è uguale in tutti i mesi: perciò, quando l'acquisto o la estinzione di un diritto dipendesse dallo spirare di un *anno*, o di più *anni*, il computo dei mesi va fatto secondo il calendario (gregoriano); così pure quando il termine fosse computato a *mese* od a *mesi*, tranne per le prescrizioni che si compiono a mesi, perchè in questo caso il mese è calcolato sempre di *trenta* giorni (*C. 2133*). Si ha una eccezione, un *computo speciale* adottato dalla legge in un caso espresso: e il motivo sta nel bisogno di una regola fissa, costante, che indichi il tempo contenuto nel *mese* (in genere).

Nel termine fissato ad anni, il *dies bissextus* occorrente in alcuno di essi, non è distinto dal giorno precedente.

B. Fissato dalla legge un *termine*, il momento dal quale dovrebbe *cominciare* a decorrere sarebbe l'immediatamente successivo a quello in cui è posta la condizione di cose, che poi collo spirare del tempo designato darà nascita ad un fatto giuridico: computando da siffatto istante il decorso del periodo di tempo contenuto nel termine, il momento nel quale esso si compie segna la scadenza di questo. Tale computo è detto *naturale;* per la difficoltà di accertare il *momento* in cui il decorso del termine principia, è di regola adottato il *civile*, nel quale il computo si fa non ad *ore*, ma a *giorni intieri* (*C. 2133*): il che non toglie che si tenga calcolo delle *ore*, quando, come avviene in materia d'acque, a questo periodo si debba avere riguardo (*C. 624*). Da ciò consegue che il computo naturale può coincidere col civile, quando il *momento* in cui secondo quello principia a decorrere il termine, risponde al cominciare del primo giorno di esso: e quando non coincidesse, lo spazio di tempo misurato secondo il computo civile sarebbe *minore* di quello effettivamente voluto (e che sarebbe dato per intero) dal computo naturale, quando il giorno in cui è posto il fatto dal quale il decorso principia, fosse considerato come *primo* giorno del termine (non si avrebbe così il *giorno* intiero): e potrebbe essere maggiore ove si cominciasse il computo dal giorno immediatamente successivo. A questo secondo modo d'intendere il principio del termine, ha tratto alla massima « *dies a*

quo non computatur in termino », non accolta dalla legge se non nei casi espressi (*P. c. 43*); nè vale riflettere che non adottandola si avrebbe un termine minore del voluto, perchè anche adottandola, il termine sarebbe *maggiore* del voluto, non eguale. La legge ha sancito il principio che il tempo va computato a giorni intieri, non ad ore, ma ciò non importa assolutamente l'adozione della regola « *dies a quo non computatur in termino* »; e se della scadenza del *d. ad quem*, come necessaria al compimento del termine, si dovette disporre espressamente (*C. 2134*), sebbene fosse facile indurla dalla norma sul computo a giorni intieri, il silenzio serbato sul *d. a quo* dimostra come, di regola, il primo giorno del termine sia quello in cui vien posto in essere il fatto cui si riferisce (arg. *C. 631*).

Il termine ha *fine* colla *scadenza* del suo ultimo giorno (*novissimus, extremus dies*), nè è a distinguere se dal compiersi di esso debba derivare l'acquisto o la perdita di un diritto. Cosicchè, di regola, il termine è *continuo*, e però il giorno posteriore alla scadenza del *dies extremus* non sarebbe più utile: tuttavia, quando del termine si fosse in diritto di valersi *intieramente* (termine *franco*), sarebbe giorno *utile* anche l'immediatamente successivo, e se questo fosse *festivo*, sarebbe utile il posteriore non festivo (*C. c. 288*).

Il tempo *immemorabile* non ha nel diritto odierno influenza speciale sulla esistenza di fatti giuridici; così non basta a dar nascita alle servitù non prescrivibili (*C. 630*).

CAPITOLO VI.

Effetti dell'atto giuridico rispetto ai terzi.

§ 78. — *a*) *Nel negozio giuridico*. Generalità.

Il negozio giuridico ha efficacia solo *fra* le persone dalle quali o rispetto alle quali venne costituito: quanti vi sono estranei, ossia non v'hanno preso parte veruna, non possono trarne vantaggio od averne danno (*res inter alios acta, aliis nec nocet nec prodest*),

perchè la loro volontà non è concorsa alla nascita del diritto e della obbligazione (*C. 1130*). Cotesto criterio chiarisce come lo stipulante a nome proprio per terza persona, nei casi conceduti dalla legge (*C. 1128*), non possa revocare la stipulazione ove il terzo abbia dichiarato di *volerne* profittare, e come dedotto in obbligazione il fatto di una terza persona, non questa, se non vi consenta, ma il promettente sia tenuto per la promessa fatta (*C. 1129*).

Sotto il nome di *terzi*, s'intendono le persone estranee ad un negozio giuridico onde emanano a favore altrui diritti che sono in collisione con diritti che esse hanno o pretendono di avere sulla cosa che ne è oggetto; concetto nel quale si comprendono non solo tutti gli « estranei all'atto » ma anche gli *aventi causa* dalle persone fra cui l'atto ha luogo. È *avente causa* chi deriva il suo diritto da una persona (*autore*) alla quale perciò succede, e sotto quest'aspetto così generale, anche il *successore* a *tit. universale* sarebbe *avente causa:* locuzione che caratterizza invece i *successori* a titolo particolare, ed i creditori ai quali è garanzia il patrimonio del debitore (*C. 1949*). I successori a titolo universale, perchè ne *rappresentano* la persona, esercitano tutti i diritti e sottostanno a tutte le obbligazioni del proprio autore: ma i successori a titolo particolare, cui venne trasmesso il diritto sopra una cosa determinata, speciale, hanno pure i diritti che prima dell'acquisto l'autore avesse costituito a *favore della cosa* stessa, e devono pure rispettare i diritti che prima di tal'epoca l'autore avesse costituito sulla medesima a favore di altri: cosicchè, rispetto alla trasmissione del diritto fatto ad essi, o fatto posteriormente ad altri, vale il principio « *nemo plus iuris in alium transferre potest, quam ipse habeat* »; e gli *aventi causa* tolgono veste di *terzi*, in quanto non debbono avere pregiudizio dai diritti che il loro autore avesse conceduto sulla cosa posteriormente al loro acquisto, od anche anteriormente in modo non efficace pei terzi.

A. Il negozio giuridico valido fra le parti che gli han dato vita, non sempre è efficace rispetto ai *terzi;* i quali, ignorandone l'esistenza, potrebbero con loro danno acquistare diritti che il concedente avesse già trasmessi in altri, o dare a credito al concedente fidando nella garanzia di diritti dei quali egli si fosse già spogliato. Secondo lo stretto diritto, il danno che i terzi soffrirebbero in con-

seguenza di tale ignoranza dovrebbesi imputare a loro colpa, perchè ognuno deve conoscere la condizione della persona con la quale entra in rapporto giuridico, salva l'azione di danno contro il responsabile, se la ignoranza fosse *tutta* frutto del dolo o delle colpe altrui; ma accolta la soluzione nella sua generalità, si lascierebbero senza protezione anche i casi in cui non si fosse potuta vincere la ignoranza: e, più che per la difficoltà di provarla, per le liti che su questo punto sorgerebbero, sarebbero rese difficilissime le relazioni d'ordine patrimoniale. Perciò, la legge a tutela dei terzi stabilì misure che, effettuate, fanno assolutamente presumere la loro conoscenza dell'atto al quale sono estranei, che cioè *dànno la pubblicità necessaria*: da questo contenuto ch'esse hanno (*pubblicità*) si deduce, *a*) che la *pubblicità* è acquistata all'atto solo dal giorno nel quale siano compiute le formalità relative; *b*) che la pubblicità (e però la scienza) essendo inerente a queste forme, non ha, qualora esse manchino, influenza veruna la prova (perciò non ammessibile) della scienza che il terzo avesse dell'atto: così, effettuate che siano, non ha effetto quella dell'ignoranza in cui effettivamente il terzo versasse. Sono a notarsi poi come criteri fondamentali, che I. poste tali cautele solo in ordine ai *terzi*, la loro omissione non può togliere validità al negozio rispetto alle parti, e perchè concernono la pubblicità di un atto giuridico per sè esistente, il loro compimento non dà valore all'atto il quale fosse per sè inesistente o annullabile; II. che le cautele sono necessarie solo nei casi ove fossero espressamente richieste dalla legge (p. es. non è d'uopo la trascrizione dello *scioglimento* di locazione oltre il novennio: arg. *C. 1932*, § 79); III. che a dar pubblicità all'acquisto del diritto basta la formalità adempiuta una volta dall'acquirente; così il *cessionario* dell'ipoteca che soddisfa alla forma voluta perchè la cessione sia valida rimpetto ai terzi, *non è tenuto* a fare annotazione alcuna (*C. 1539, 1194*), come non lo sono il creditore ipotecario rimasto perdente e il terzo possessore che fossero surrogati nella ipoteca del creditore soddisfatto (*C. 1994, 2011*).

Coteste cautele comprendono: 1. la *forma* degli atti; talvolta le parti non sono tenute a dare ad un atto la forma che la legge ha stabilito, ma cotesta mancanza non può pregiudicare i diritti acquistati dai terzi sulle cose cadenti nel negozio (come avviene nella

comunione dei beni fra i coniugi per la non fatta descrizione autentica dei mobili *C. 1437, 1445, 1446*); 2. la *registrazione;* 3. l'accertamento giudiziale; 4. la morte o la fisica impossibilità di scrivere di chi, o di uno di coloro che le ha sottoscritte: mezzi questi (2-4) onde la scrittura privata trae *data certa* (*C. 1327*); 5. le *annotazioni* degli atti che modificano negozii precedenti, e che van fatte in margine dell'atto cui si riferiscono, a cura dell'ufficiale pubblico dal quale questo venne ricevuto (*C. 1384*); 6. Il *possesso* della cosa *mobile per natura* o di un *titolo al portatore,* purchè di buona fede (*C. 1126*): ed in certi casi del diritto (p. es., nella locazione, *C. 1598*); 7. la *trascrizione;* 8. nella cessione di diritti, la *intimazione* al debitore della seguita cessione, o l'*atto autentico* con la quale il debitore abbia accettata la cessione (*C. 1539*); 9. Nelle ipoteche, la *iscrizione.*

§ 79. — *Della trascrizione.*

Aubry et Rau, §§ 207 e segg.; Laurent, XXIX, nn. 4-283; Mourlon, *Tr. theor. et prat. de la transcription;* Troplong, *Comm., de la loi du 23 mars 1855 sur la transcription* (1854); Luzzati, *La trascrizione (comm. teor. pr.)*; Scherer, *Der Enverb von Eigentum und dingl., Recht., an Grundstücken* (1887)

C. c. it., a. 1932-1947; L. fr. 23 marzo 1855; Cfr. Legge pruss. 5 maggio 1872; C. c. austr., §§ 431 e segg.; C. c. sass., §§ 276 e segg.

La *trascrizione* è la formalità per la quale, con la pubblicità che dà, acquistano giuridica efficacia di fronte ai terzi: *a)* gli atti fra vivi contenenti disposizione su diritti reali immobiliari, *b)* od eccedenti la semplice amministrazione per la durata del godimento conceduto di beni immobili; *c)* le *domande* con le quali si esercita un potere di disposizione sulla cosa, o per le garanzie dovute da questa rispetto ad un diritto di credito, o per l'annullamento di un atto, col quale l'instante l'avesse già trasmessa: e *d)* l'atto col quale l'erede impedisce che il patrimonio personale suo si confonda con l'ereditario.

A. Gli atti coi quali si dispone di un diritto reale immobiliare vanno trascritti, quando abbiano il carattere: 1. di *atti fra vivi,* perchè nelle successioni intestate non vi ha titolo da trascrivere, e nelle testamentarie la trascrizione favorirebbe ingiustamente l'erede che intendesse non eseguire il testamento, con pregiudizio dei legatari che potrebbero non sapere del legato; 2. di atti *traslativi*

di proprietà, perchè i *dichiarativi,* non trasmettendone alcuno, non fanno nascere a favore della persona un diritto nuovo per lei; perciò non vanno trascritte le *sentenze,* le *transazioni* che *dichiarano* a chi effettivamente spetti il diritto controverso (*C. 1764*), le *divisioni* ereditarie e quelle con le quali si pone fine ad una comunione, perchè dichiarano di qual parte della cosa comune si presume che i condividenti abbiano avuto sempre il dominio (*C. 1034*). Tuttavia, quando nel contenuto di tali atti si avesse qualche parte di cui il carattere fosse traslativo, essa abbisognerà della trascrizione: come avverrebbe se nella transazione un contraente desse un immobile non controverso, o nella divisione si desse per conguaglio un immobile non cadente in comunione, o la sentenza (che sarebbe traslativa per intero) fosse di vendita all' incanto (*C. 1932*, 4°). Quanto alle divisioni, il loro effetto è dichiarativo anche se siano fatte da alcuni fra i condividenti e gli altri continuino nella comunione, a meno che il partecipante non sia sortito dalla comunione per aver *ceduto* ad uno o agli altri comunisti il suo diritto, nel che si avrebbe un vero atto *traslativo:* nelle divisioni ereditarie, la rinunzia di un coerede a favore di tutti gli altri non abbisogna di trascrizione, perchè diretta a sopprimere ogni rapporto fra lui e la eredità, quasi mai abbia avuto luogo, e come non è mestieri di trascrizione per gli acquisti con atto d'ultima volontà, così non è necessaria per la rinunzia ad essi (*arg. C. 1932*, 3°): ma fatta la rinunzia a favore di uno o più coeredi, siccome questi di fronte agli altri hanno causa del rinunciante, così il rapporto fra essi e la eredità non è affatto tolto, e l'atto è *traslativo.* Quando l'atto riunisce questi caratteri è trascrivibile, senza distinguere se sia a titolo oneroso o gratuito (*C. 1932*, 1°).

Il potere di disposizione, che dà vita a tali atti da trascrivere, può concernere l'*acquisto della proprietà* d'immobili (per natura loro, *C. 408* e segg.) o di altri beni o diritti capaci d'ipoteca (ad eccezione delle rendite sopra lo Stato); p. es., la vendita, permuta, la costituzione di dote, ecc.; la costituzione o modificazione di *servitù* prediali, dei diritti di uso o di abitazione, il trasferimento dell'esercizio del diritto di usufrutto (purchè concorrano gli estremi notati: perciò, mancando l'atto da trascrivere, essi verrebbero meno nelle servitù acquistate per prescrizione o per destina-

zione del padre di famiglia: e per essere l'atto dichiarativo, mancherebbero nel caso di servitù a favore e sopra parti della cosa cadente in divisione): e può concernere la *rinuncia* a siffatti diritti (*C. 1932,* 1°-3°), che va trascritta, affinchè i terzi conoscano lo stato, la estensione della proprietà del fondo, senza distinguere poi se la rinuncia fatta risulti da un atto del solo rinunciante, o sia accettata. Fra gli atti concernenti l'acquisto dei diritti anzidetti, va notata la *sentenza* di vendita all'incanto, che ne opera la trasmissione nell'aggiudicatario, tranne (v. il § preced. in f. III) quando si rendesse tale il terzo possessore che avesse istituito giudizio di purgazione, perchè del suo titolo dovette già fare la trascrizione (*C. 2040*, *2041*), oppure si avessero sempre i caratteri di atto dichiarativo, come nelle aggiudicazioni seguite agli incanti fra condividenti (*C. 1932*, 4°).

Questi atti di acquisto e di rinuncia traggono vita dal consenso delle parti (*C. 1448*), ma lo scritto è sola prova dell'essere seguiti, o meglio solo modo col quale il consenso è *legittimamente* manifestato (*C. 1314*); e sebbene dalla locuzione della legge paia che questa prova possa essere fornita da una sentenza che dichiari l'esistenza di una convenzione verbale nella quale questi atti fossero contenuti, e che di essa per la efficacia di fronte ai terzi ne va operata la trascrizione (*C. 1932*, 8°), pure quest'articolo concerne solo le liberazioni o cessioni di fitti non scaduti (*C. 1932*, 7°), e non si può applicare agli altri casi, stante la disposizione (*C. 1314*), che vuole redatti in iscritto (scritt. privata ed atto pubblico) gli atti di traslazione di proprietà di immobili, e di costituzione e trasmissione di diritti reali sui medesimi (*).

B. Alcuni atti che per loro natura sarebbero di amministrazione, quando avessero lunga durata diminuirebbero di molto il valore dell'immobile, e perciò si allontanerebbero assai da cotesta loro

(*) La contraddizione si spiega con la storia della legge: l'articolo 1314 non figurava nel progetto di Codice civ. compilato dal Ministero, nè nel senatorio, e fu introdotto dalla Commissione generale di legislaz., in considerazione della certezza necessaria nella costituzione di atti così importanti. Ma l'articolo 1932, del quale il n. 8 rispondeva al silenzio dei progetti sulla forma degli atti descritti poi all'articolo 1314 del Codice civ., non fu modificato quando quest'articolo venne introdotto.

natura, senza essere tuttavia atti di disposizione: onde la necessità che siano trascritti. Tali, *a)* i *contratti di locazione* di beni *immobili*, eccedenti nove anni (*C. 1932*, 5°), qualunque sia la natura dell'immobile che ne è oggetto, o la forma della locazione (p. es., colonia): il computo del tempo va fatto anche unendo i termini posti in due successivi contratti di locazione (fra le stesse parti e per lo stesso fondo) ognuno dei quali non eccedesse il novennio, perchè altrimenti si farebbe frode alla legge; la locazione non eccedente il novennio è efficace contro i terzi anche se non trascritta, e perciò se lo eccedesse, e la trascrizione non fosse seguita, questa mancanza la colpirebbe solo per il termine eccedente il novennio, al quale va così ristretta la sua efficacia. Non vanno soggetti a trascrizione i contratti di *sublocazione*, perchè o la locazione principale eccede il novennio ed è trascritta, e basta cotesta trascrizione (v. il § prec. in f. III): o non è trascritta, oppure non eccede il novennio, ed il subcondottore non può avere diritti maggiori del sublocatore; non i contratti di *cessione* della locazione, bastando all'uopo le forme volute per questo atto (v. § cit. l. cit.), a meno che la locazione non eccedesse il novennio, o, se lo eccedesse, non fosse stata trascritta; *b)* I *contratti di società*, aventi ad oggetto il godimento di immobili, quando la durata della società eccedesse i nove anni o fosse indeterminata (*C. 1932*, 6°): la disposizione non concerne i contratti statuenti *comunione* sia di beni (*C. 673*), perchè contenenti una traslazione di dominio (*C. 1932*, 1°), sia di *utili* fra i *coniugi*, perchè quando la legge volle pareggiare questi atti alla società, ciò statuì espressamente (*C. 1434*); *c)* Gli atti e le sentenze da cui risulti liberazione o cessione di pigioni o di fitti non ancora scaduti, *per un termine maggiore di tre anni* (*C. 1932*, 7°); tuttavia, nelle vendite forzate, perchè la diminuzione di valore risultante da anticipazione di fitto non allontani i concorrenti, è opponibile *al deliberatario* solo l'antecipazione fatta in conformità alle consuetudini locali (*C. p. c. 687*).

C. Finalmente, vogliono essere trascritti, 1° il *precetto* nei giudizii di esecuzione sopra immobili (*C. 1933*, 1°), perchè la trascrizione toglie al debitore la disponibilità del fondo e dei frutti (*C. 2085*); 2° la dichiarazione di accettazione dell'eredità col beneficio d'inventario, perchè i terzi sappiano qual è veramente lo

stato dell'erede (*C.* ***955, 1933,*** 2°); 3° le domande di rivocazione delle donazioni nei casi permessi (*C.* ***1080, 1088, 1933,*** 3°); di rescissione per l'az. pauliana (*C.* ***1235***), e per lesione (*C.* ***1308***); di risoluzione della vendita, quando il compratore non avesse adempiuto ai suoi obblighi (*C.* ***1511***): della permuta, quando uno dei permutanti non fosse proprietario (*C.* ***1551***) o avesse sofferto evizione (*C.* ***1552***), e della costituzione di rendita perpetua, quando il debitore di essa non avesse soddisfatto ai suoi impegni (*C.* ***1787***): in questa ipotesi (*C.* ***1933,*** 3°), la domanda tende a modificare i diritti che il proprietario ha sul fondo, onde la necessità che i terzi ne siano avvertiti. Perciò deve esser curata l'annotazione della trascrizione di tali domande a margine della trascrizione dell'atto di alienazione (*C.* ***1933***), e va così pure annotata la sentenza che le accogliesse, affinchè colla pubblicità data all'atto risulti pure della seguitane inefficacia (*C.* ***1934***): ma quando sia seguita la trascrizione della domanda (*C.* ***1933***), la mancanza di tali annotazioni non dà valore ai diritti che dopo quella i terzi avessero acquistato.

I. Le regole sulla *forma* con la quale la trascrizione va *chiesta*, concernono: *a)* la certezza del negozio e del *documento* che lo prova: può farsi la trascrizione solo in forza di atto pubblico, o di scrittura privata nella quale le sottoscrizioni dei contraenti siano state autenticate da notaio od accertate giudizialmente, o di sentenza: i quali atti, se seguiti in paese estero, vanno debitamente legalizzati (*C.* ***1935***); l'atto pubblico o la sentenza vanno presentati in copia annessa alla domanda: la scrittura privata in originale, a meno che non si trovi depositata in un pubblico archivio o negli atti di un notaio, nel qual caso basta ne sia presentata copia (autenticata dall'archivista o dal notaio) da cui risulti che la scrittura ha i requisiti voluti (*C.* ***1936***); *b)* l'accertamento della traslazione del diritto e dell'immobile che ne è oggetto: perciò alla richiesta devono pure unirsi due note contenenti: 1° nome e cognome, il nome del padre ed il domicilio o la residenza delle parti; 2° la natura e la data del titolo di cui si domanda la trascrizione; 3° il nome dell'uffiziale pubblico che ha ricevuto l'atto od autenticate le firme, e l'indicazione dell'autorità giudiziaria che ha pronunciata la sentenza; 4° la natura e l'indicazione dei beni cui si riferisce il titolo, il comune in cui si trovano, i numeri del catasto o delle mappe censuarie (dove

esistono) e tre almeno dei suoi confini (*C.* ***1937, 1949***); quando si volesse trascrivere la dichiarazione di accettare la eredità col beneficio d'inventario, basta che le note contengano le indicazioni espresse nella dichiarazione medesima (*C.* ***1937***). L'omissione o la inesattezza di una delle indicazioni da darsi nelle note, producono la invalidità della trascrizione, solo quando ne derivi incertezza assoluta nel trasferimento del diritto o dell'immobile che ne è l'oggetto (*C.* ***1940***), nè importa che l'esame del titolo possa supplirle o correggerle.

II. Quanto alla forma con la quale la trascrizione va *effettuata*, è da notare l'obbligo del conservatore delle ipoteche di trascrivere nel registro particolare delle trascrizioni (il numero dei registri, la loro vidimazione, e tenuta son determinate dalla legge, *C.* ***2071-2073***) il contenuto della nota, indicando il giorno della consegna del titolo, il numero d'ordine assegnatole nel registro progressivo, ed il numero del volume in cui ha collocato il titolo che va custodito negli archivii in appositi volumi (*C.* ***1939***); questi registri possono essere ispezionati da chiunque nelle ore fissate dai regolamenti, ma non è lecito di prenderne copia (*C.* ***2061***, 1° al.), e non possono venir levati dall'ufficio, senza ordine di una Corte di appello, che ne riconosca la necessità, e colle cautele ch'essa ordini (*C.* ***2074***).

Per le domande di rivocazione, rescissione e risoluzione già indicate, la trascrizione va *annotata* a margine della trascrizione dell'atto di alienazione, e questa formalità va pure osservata rispetto alle sentenze che annullassero, risolvessero, rescindessero o rivocassero un atto trascritto (*C.* ***1933, 1934***). Come *certificato* attestante la eseguita trascrizione, viene restituita al richiedente una delle note, nella quale il conservatore certifica l'eseguita trascrizione colle altre indicazioni segnate nel registro particolare (*C.* ***1939***); che se poi vi fosse diversità fra i risultati del certificato e quelli del registro, si sta a questi ultimi, salva la responsabilità del conservatore per i danni derivanti dall'inesattezza (*C.* ***2068***).

Siccome la trascrizione dà pubblicità ad un negozio giuridico concernente il fondo, così deve essere fatta a ciascun ufficio delle ipoteche del *luogo*, ove sono situati i beni; solo, a ragione appunto del suo scopo, nel caso di accettazione di eredità con beneficio di in-

ventario, va fatta nell'ufficio del luogo dell'aperta successione. Il conservatore delle ipoteche non può in alcun caso, neppure sotto pretesto di irregolarità delle note, ricusare o tardare di ricevere la consegna dei titoli, fare la trascrizione richiesta, nè di spedire le copie ed i certificati, sotto pena di risarcimento dei danni, al quale scopo le parti possono far stendere i relativi verbali da un notaio o da un usciere assistiti da due testimoni; ma non può accettare documenti privi dei caratteri che la legge vuole (*C. 1935*), nè domande fatte in ore, nelle quali, secondo il regolamento, l'ufficio sia chiuso al pubblico (*C. 2070*); può ricusare di ricevere le note ed i titoli quando non scritti in carattere intelligibile (*C. 2069*). Deve poi dar copia della trascrizione eseguita a chiunque ne lo richieda, oppure certificare che non ve ne ha: e dei documenti che fossero depositati presso l'ufficio in originale, o di cui l'originale fosse presso un notaio od archivio pubblico fuori della giurisdizione del tribunale da cui dipende (*C. 2086*); finalmente, è tenuto pei danni derivanti dall'omissione o dagli errori commessi nei *registri* delle trascrizioni, o nei certificati, o delle cancellazioni che avesse operato indebitamente (*C. 2087*).

La trascrizione *può essere fatta da chiunque* (anche da un incapace), e profitta a tutti coloro che v'hanno interesse, giacchè l'atto ha ottenuto la pubblicità voluta (*C. 1941*): ma la trascrizione che il secondo acquirente faccia del proprio titolo di acquisto, non basta ad estendere all'atto di acquisto del suo autore la pubblicità necessaria (*). La legge fa obbligo a certe persone di chiederla in determinate ipotesi: così chi ha rappresentato la persona incapace o le dette assistenza, deve perciò trascrivere l'atto o la sentenza soggetti a trascrizione, la cui mancanza può essere opposta all'incapace, salvo a questi il regresso contro chi doveva farla, a meno che opponenti non fossero il rappresentante stesso od i suoi eredi, perchè non è lecito trarre giovamento della propria colpa (*C. 1944*): il cancelliere della pretura, presso cui è fatta la dichiarazione di accettazione dell'eredità con beneficio d'inventario, deve curarne la trascrizione entro un mese

(*) Questione assai discutibile: v. CHIRONI, in *Riv. di giur. ital.*, I, p. 2ª, § 9; nel testo venne seguìta la opinione contraria, giacchè la trascrizione meglio che il *fondo* per sè *(stato del fondo)* considera il fondo in relazione alla *persona che lo ha trasmesso* ed all'acquirente

successivo (*C. 955*). Non osta alla domanda della trascrizione il non essere tuttora seguita la registrazione dell' atto, non dovendo la riscossione della tassa ostacolare un atto d'interesse pubblico, e pregiudicare col ritardo i diritti dell'instante: quelli dell'erario sono garantiti dalla legge, coll'ordinare che in tal caso il richiedente presenti una terza nota che dal conservatore viene poi trasmessa a chi è incaricato di riscuotere la tassa (*C. 1926*). Così, il procuratore (e in mancanza del procuratore deve provvedervi la parte) di chi ha ottenuto la sentenza *passata in giudicato*, entro un mese da questa data deve curare sia fatta l'annotazione della sentenza che annullasse, risolvesse, rescindesse o rivocasse un atto: ciò sotto pena di una multa di lire 100 estensibile a lire 200 (*C. 1334*). Chi domanda la trascrizione, deve pagarne le *spese*, che, salvo patto contrario, sono a carico dell'acquirente, avendo la formalità luogo in suo favore; perciò chi le antecipa, ha diritto al rimborso, e se fossero più acquirenti o interessati alla trascrizione, ciascheduno deve rimborsare quello che l' ha fatta in proporzione alla quota per la quale fosse interessato (*C. 1947*).

Segnando la *data* della trascrizione il momento in cui l'atto diventa efficace rispetto ai terzi, gli atti dei quali la legge vuole la trascrizione, non hanno, finchè essa non sia compiuta, alcuna efficacia riguardo ai terzi che a qualunque titolo avessero acquistati e legalmente conservati diritti sull'immobile: ma seguìta che sia, non può avere effetto contro l'acquirente alcuna trascrizione od iscrizione di diritti acquistati verso il precedente proprietario, sebbene tale acquisto risalga a tempo anteriore al titolo trascritto. Cotesti effetti della trascrizione sono inerenti alla sua ragione d'essere; solo in relazione a quanto è disposto a favore dell' ipoteca legale conceduta al venditore (*C. 1969*), che va inscritta dal conservatore quando ha luogo la trascrizione del titolo d'acquisto (onde evitare che dolosamente sia resa inefficace), fino a che tale trascrizione non segua, l'ipoteca non può aver pregiudizio dalle trascrizioni od iscrizioni di diritti acquistati verso il nuovo proprietario (*C. 1942*). La trascrizione e la data di essa dànno adunque il criterio per dirimere il conflitto fra gli acquirenti di diritti risultanti dagli atti di cui è voluta la trascrizione (*C. 1932*), e per decidere se chi ha conceduto il diritto potesse farlo efficacemente coll'averne la

disposizione (*C. 1933*). Tuttavia, data la nessuna influenza sanatoria della trascrizione sulla non esistenza del titolo, la data di essa non gioverà se il titolo non ha i requisiti per esistere come traslativo o costitutivo del diritto che ne è oggetto: perciò la donazione non producendo effetto se non dal giorno dell'accettazione (*C. 1057*), la trascrizione prende data dal giorno in cui è pure trascritta l'accettazione, nel caso questa fosse contenuta in atto separato (*C. 1943*). Che se l'atto non richiedesse la trascrizione per essenza sua, ma quando concorressero determinate condizioni, la trascrizione omessa quando queste condizioni mancassero, non lo rende inefficace rimpetto ai terzi: così, le locazioni di immobili vanno trascritte se eccedenti il novennio, e perciò la locazione posteriore, eccedente questo termine e trascritta, non potrà essere efficace contro l'anteriore di data non eccedente il novennio e non trascritta: e se questa eccedesse il novennio, la mancanza di trascrizione nuocerà solo per la eccedenza del novennio.

La trascrizione è istituto di ordine pubblico, destinato a dar conoscenza ai terzi dello stato degl'immobili: perciò, effettuata che sia non può esserne chiesta la cancellazione, e la legge provvede a togliere gli errori in cui potrebbero incorrere i terzi per il sussistere della trascrizione di un atto posto nel nulla, coll'ordinare la trascrizione delle domande di annullamento, e le annotazioni relative (*C. 1933, 1934*). E perchè tali atti includenti solo una minaccia al valore dell'atto non portassero su questo incertezza continua, solo della trascrizione di coteste domande e delle annotazioni venne consentita la cancellazione; così ogni ragione di dubbio sulla efficacia dell'atto cui si riferiscono, può esser tolta. La cancellazione può aver luogo: 1. se ordinata giudizialmente con sentenza passata in giudicato, il che avviene: *a)* se l'attore recede dalla domanda; *b)* se questa è rigettata; *c)* se è perenta l'instanza; 2. se fosse debitamente acconsentita dalle parti interessate.

§ 80. — *Il neg. giur. rispetto ai terzi:* contin.

La teoria della *responsabilità* ha pure qualcosa che si riferisce alla validità del negozio giuridico rispetto ai terzi, non perchè dia a questo istituto una garanzia speciale, ma per le conseguenze della

frode; così gli atti che il debitore facesse in frode delle ragioni dei suoi creditori, possono venirne impugnati (*C. 1235*), e questo è modo col quale gli effetti della responsabilità si manifestano. E siccome l'esistenza della *frode* è fondamento del rimedio accordato ai danneggiati, così per i terzi, che non ne siano partecipi, riprende vigore la regola della pubblicità; ond'è, che son salvi i diritti dei quali avessero fatto acquisto prima che fosse trascritta la domanda di rivocazione (*C. 1235* in f.).

§ 81. — *b) Dell'atto illecito.*

La posizione del terzo dinanzi ad un atto illecito ch'egli non abbia posto in essere, non va cercata nelle figure di responsabilità per *altri,* ove la responsabilità è pur sempre diretta, immediata, ma in quella di chi non avendo in modo veruno a rispondere dell'atto, ha da questo tratto vantaggio. Non partecipe dell'ingiuria onde s'ebbe il danno, l'obbligazione all'indennizzo che ne consegue, non può colpirlo; pure, il divieto dell'ingiusto arricchimento a danno altrui l'obbliga in proporzione dell'arricchimento stesso.

CAPITOLO VII.

L'esercizio del diritto.

§ 82. — *Generalità.*

WINDSCHEID, § 121; VANGEROW, § 131; ARNDTS SERAFINI, § 92; SIEBENHAAR, § 77.

Esercita il diritto la persona *capace,* che pone in atto direttamente o col mezzo altrui (*rappresentanza:* solo modo di esercizio per l'incapace) uno o tutti i poteri che vi sono compresi: nella prima forma che è l'esercizio diretto, è contenuto pur quello che il creditore fa dei diritti appartenenti al suo debitore (*C. 1234*), perchè sebbene egli lo faccia valere nell'interesse proprio, tuttavia il diritto non perciò cambia soggetto, ed esiste sempre nei rapporti fra il debitore (come creditore) e l'obbligato. Questo esercizio per trasmissione indiretta (e così pure avviene per la diretta) non potrebbe

aver luogo se fosse ristretto alla sola persona del soggetto *(autore:* p. es., nelle domande di separazione della dote dai beni del marito, *C. 1421*), restrizione che limita anche il potere di esercizio per mezzo di rappresentanti, giacchè certi diritti vanno esercitati esclusivamente dalla persona (p. es., il diritto di testare: la celebrazione del matrimonio). Ciò avviene quando per la entità e solennità dell'atto, la volontà ch'è richiesta a costituirlo deve emanare direttamente dalla persona.

L'estensione dell'esercizio del diritto è data dal diritto stesso, talchè solo quando si eccedono i poteri che vi sono compresi, offendendo il diritto altrui, si ha una lesione ingiusta (*ingiuria; atti emulativi;* e badando appunto al potere che sul diritto appartiene a chi ne è il soggetto, s'intende come il non esercitarlo *(abbandono)*, se non è propriamente esercizio del diritto, traendo cioè partito di quanto ne è oggetto, lo è del potere di disposizione che ne costituisce la essenza. Il non esercizio del diritto, quando non sia continuato per un tempo determinato (*prescrizione estintiva*) induce la perdita del diritto ogni volta che da questa segua la liberazione da un obbligo o da un peso, perchè così dalla perdita nasce immediatamente un diritto in altri, o il diritto già esistente acquista pienezza maggiore: qualora ciò non avvenisse, la prescrizione semplicemente *estintiva* non basterebbe a togliere il diritto (p. es., nel diritto di proprietà). Può bene avvenire che il non esercizio abbia luogo rispetto ad uno dei poteri contenuti nel diritto, e ove la separazione non nuoccia alla sua essenza, la estinzione concernerà solo quello, non il diritto stesso (p. es., la prescrizione degl'interessi); del pari l'esercizio che altri faccia di parte del diritto spettante ad altri, può dar luogo all'acquisto di essa. Che se il diritto sia tale da non prestarsi a divisione di poteri che possano essere esercitati particolarmente, l'esercitarlo in un modo piuttosto che in un altro non dà luogo alla sua estinzione; anche *concorrendo* il vantaggio che un terzo ne trarrebbe esercitandolo altrimenti, la prescrizione acquisitiva non è possibile, perchè l'atto sarebbe puramente *facoltativo.* La natura del diritto fa sì, che talvolta l'esercizio di esso può aver luogo con atto unico, e tal'altra gli atti successivi che sono possibili, diventano necessari perchè l'esercizio avvenga effettivamente.

§ 83. — *Possesso.*

L'esercizio del diritto può rispetto al diritto stesso togliere due aspetti: o è esercizio di un diritto che in realtà esiste per l'agente, o si ha il semplice *fatto* dell'esercizio di un diritto, senza che questo effettivamente esista, ed in tal caso si ha solo *l'apparenza*, la *esteriorità* del diritto. Cotesta *apparenza*, senza togliere per sè entità di diritto, è tuttavia guarentita dalla legge, perchè il *fatto* ha da essere rispettato sino a che il diritto contrario non venga dimostrato esistente, e la violenza privata non modifichi da sè cotesta posizione a vantaggio di chi l'ha: quando poi per il concorso di altre circostanze, cotesta apparenza fa presumere l'esistenza del diritto, maggiori sono gli effetti che ottiene, anche per la estenzione delle difese accordate dalla legge. L'istituto giuridico il cui contenuto è l'esercizio del diritto *per sè*, astrazione fatta da ogni ricerca sulla esistenza reale del diritto, toglie nome di *possesso*, ch'è l'*esercizio* (manifestazione, apparenza, esteriorità) *del diritto, indipendentemente dalla sua esistenza, che uno ha o per sè stesso, o per mezzo di un altro, il quale lo tenga in nome di lui* (V. *C. 685*).

Perciò non vi ha diritto che non sia suscettibile di possesso: il quale ha luogo rispetto ai diritti personali (*C. 1242, 1598*), di successione (*C. 933*), di famiglia (*C. 120, 121, 171-174*), ed in ispecial modo ai reali; è in quest'ultima parte che il possesso, come istituto a sè, ottiene il massimo valore. Guarentigia del possesso, nel senso generico, è l'azione di reintegrazione (*C. 695*).

§ 84. — *Comunione.*

Un diritto appartenente a più persone può essere esercitato da esse in modo individuo (non in solido, chè non sarebbe possibile), talchè ognuna abbia il godimento della quota (parte ideale) ch'è oggetto del suo potere sulla cosa comune. Di questo istituto, e dei rapporti che ne emanano rispetto ai partecipanti si dirà altrove.

§ 85. — *Della collisione di diritti.*

V. fonti cit. nel § 82.

La coesistenza di più diritti dà luogo a *collisione* fra essi, quando abbiano lo stesso contenuto, la medesima estensione: mancando cotesto estremo, la coesistenza non rende impossibile l'esercizio contemporaneo di ciaschedun diritto, sebbene la legge si dia talvolta cura di regolarlo (p. es., in materia di servitù, *C. 639* e segg.), affinchè i rispettivi soggetti, esagerandolo, non diano luogo a mutui danneggiamenti. Così, nulla impedisce che sulla medesima cosa un soggetto eserciti un diritto reale, ed altri un diritto di obbligazione: uno il diritto di proprietà, e l'altro un diverso diritto reale, come la servitù, la ipoteca. Ma quando i diritti *coesistenti* abbiano estensione e contenuto eguali, sorge collisione fra di essi, come avviene nella specie di più creditori solidali, di più creditori aventi la stessa causa e grado di preferenza, di più legatari cui sia lasciata la stessa cosa; in tal caso, i criteri per dirimere il conflitto (s'intende che se l'esercizio comune è possibile, esso è tolto) sono: *a*) la priorità dell'esercizio che uno dei soggetti abbia fatto del suo diritto, prevenendo gli altri; così, il concreditore solidale può esigere l'intiero, e il debitore rimane liberato della sua obbligazione col pagamento che egli faccia (*C. 1185*); *b*) l'esercizio limitato dei diversi diritti concorrenti (*C. 471*); *c)* in alcuni casi speciali, la legge ordina al magistrato di conciliare l'esercizio di questi diritti (*C. 544; 994*), ed in altri di attenersi alla decisione di un perito (*C. 996*), norma da seguire anche quando la legge non desse criteri al giudice per la soluzione del conflitto, come si ha nella scelta della cosa legata a più legatari. Talvolta, la collisione è tolta col sostituire alla *cosa*, sulla quale i diritti concorrono, il suo valore (*C. 988*): propriamente, il concetto della collisione qui mancherebbe, giacchè, rispettata l'entità dei diritti concorrenti, si avrebbe solo la sostituzione dell'oggetto sul quale essi cadono.

§ 86. — *Guarentigia del diritto.* — A. *Cauzione.*

WINDSCHEID, § 134; VANGEROW, §§ 189 e segg.; BRINZ, § 101; ARNDTS-SERAFINI, § 93; FÖRSTER, I, § 48; SIEBENHAAR, § 81.

Nel suo significato più ampio, *guarentigia del diritto* varrebbe qualunque mezzo col quale ne possa venir assicurato l'esercizio, e perciò, non solo la *sicurtà* (cauzione) vi sarebbe contenuta, ma anche la *difesa* con la quale ne è respinta la violazione; pure, il modo col quale nei due istituti si esplica questo carattere comune (garanzia del diritto), ne rende necessaria la distinzione, perchè la cautela *assicura* l'esercizio anche indipendentemente da violazione avvenuta o minacciata dal diritto, mentre cotesto estremo è essenziale al concetto della difesa.

Cauzione è perciò ogni sicurtà che guarentisca la efficacia del diritto, giacchè col suo mezzo chi lo esercita calcola di trarne tutto l'effetto, il vantaggio ch'esso deve produrre. Avuto riguardo al *modo* col quale è prestata si distingue, *a*) la cauzione fornita mercè la relativa *obbligazione* consentita da un terzo (*fideiussione*) contro il quale l'avente il diritto può esercitarlo; *b*) la cauzione data mercè un diritto *reale* costituito dal debitore o da un terzo sopra beni (*pegno, ipoteca*) ; *c*) la cauzione data con la sospensione della libertà personale dell'obbligato (*arresto personale*), e questo ha luogo solo nei pochissimi casi che la legge consente. Quanto poi alla causa che dà nascita alla cauzione, essa è *volontaria*, se è nata dalla convenzione (cauzione convenzionale), e *necessaria*, quando va prestata indipendentemente dal consenso dell'obbligato: ed è suddistinta in *legale* e *giudiziale*, secondochè ha la sua ragione di essere nella *legge* (*C.* **26**, **292**, **2045**, ecc.) o nella sentenza del giudice; *d*) il *diritto di ritenzione* delle cose, nei casi in cui è accordato dalla legge (p. es., *C.* **706**); *e*) l'*apposizione dei sigilli* agli effetti ereditarii (*C. p. c.* **847** e segg.); *f*) il beneficio *cedendarum actionum* pel quale l'obbligato cui, per il fatto pagamento, compete il diritto di regresso contro altro debitore, non può essere astretto a pagare, se il creditore instante abbia per fatto proprio menomato le garanzie del proprio credito (p. es. nella specie del fideiussore, del terzo possessore); *g*) la *protesta* (opposizione) fatta

secondo la forma voluta dalla legge, e nei casi da questa consentiti (v. ***C. 1244***); *h*) la ***riserva*** debitamente fatta.

Un modo speciale di assicurazione dell'esercizio del diritto, è il ***sequestro*** della cosa sulla quale esiste controversia (***C. 1875***), o debba sorgere, e può aver luogo sia in forza di ***convenzione*** (***s. convenzionale, C. 1870***), sia per ordine del giudice (***s. giudiziario***). Talvolta il ***sequestro*** tende ad assicurare l'esercizio di un diritto di credito, togliendo al debitore la disponibilità delle cose mobili, e allora prende il nome speciale di ***s. conservativo*** (***C. p. c. 924*** e segg.): è a notarsi che il giudiziario ha lo stesso scopo, quando abbia per oggetto le cose offerte dal debitore per la sua liberazione (***C. 1875***, 2°).

§ 87. — *Guarentigia del diritto.* B. *Difesa.*

WINDSCHEID, § 123; VANGEROW, §§ 132* e seg.; BRINZ, § 82; ARNDTS-SERAFINI, § 94; UNGER, § 101; FÖRSTER, I, § 49; DERNBURG, I, §§ 122 e seg.

Il ***potere*** contenuto nel diritto, perchè è riconosciuto dalla legge deve trovare in questa la guarentigia contro ogni attacco ingiusto: l'essenza medesima del diritto ***soggettivo*** vuole appunto che il soggetto possa invocare la protezione dello Stato onde respingerne la violazione, giacchè altrimenti questo ***potere*** esposto al disconoscimento dell'obbligato sarebbe illusorio. Lo Stato deve cotesta difesa, perchè il ***potere*** ha il riconoscimento della legge, volontà generale, e di cotesta generalità lo Stato è espressione: la forza che egli dà a sostegno del diritto, è surrogazione alla forza ***individuale*** che l'***associato*** non deve impiegare a difesa delle proprie ragioni. Tale protezione è chiesta a quello fra gli organi dello Stato che è deputato a conoscere del diritto controverso, e giudicare a chi spetti: cioè al potere ***giudiziario;*** perciò la difesa ha nome di ***giudiziale.***

Se questa è tuttavia la regola, se il farsi ragione da sè è ritenuto atto delittuoso, contenendo una violazione dell'ordinamento sociale, di una prerogativa che lo Stato ha, pure vi sono dei casi in cui la ***difesa estragiudiziale,*** la difesa ***privata*** è tenuta legittima. Ciò avviene, quando in occorrenza di ingiusto attacco attuale od imminente, la protezione sociale fosse inefficace; il privato offeso ha allora diritto di respingere la violazione ingiuriosa colla forza.

Perchè questo atto contrasta col potere dello Stato, così la sua estensione è data dal concorso degli elementi che lo rendono necessario, e se la *necessità* mancasse sarebbe *non legittimo:* non basta quindi che la violazione del diritto sia *attuale*, oppure *imminente*, che all'offeso o gravemente minacciato di offesa non rimanga altro mezzo da quello che è l'impiego della forza, ma è pur d'uopo che la reazione a difesa sia proporzionata alla entità, alla gravità della violazione stessa.

§ 88. — *Difesa giudiziale. Generalità, azione.*

SAVIGNY, § 205; WINDSCHEID, §§ 43-44; VANGEROW, § 135; BRINZ, §§ 78 e segg. DERNBURG, *Pand.*, §§ 127-136; ARNDTS-SERAFINI, §§ 95 e segg.; UNGER, §§ 112 e segg.; DERNBURG, I, §§ 124 e segg.; SIEBENHAAR, §§ 82 e segg.; MANCINI, PISANELLI e SCIALOIA, *Comm. al Cod. di pr. civ. s.*, vol. I; MATTIROLO, *Elementi di dir. giur. civ.*, vol. I.

La *difesa* del diritto contro la *violazione* (nella quale, tolta in senso lato, è pur contenuto il non adempimento ingiusto del dovere corrispondente) va fatta osservando determinate *forme,* il cui insieme ha nome di *procedura,* e la cui ragione di essere è guarentigia per i contendenti, per la retta amministrazione della giustizia. Nella procedura vi ha diversi momenti, che si possono così distribuire: l'*atto introduttivo* del giudizio, la *chiamata* in giudizio, che ha luogo mercè la citazione avanti il magistrato competente: la procedura di *cognizione,* che abbraccia tutti gli atti decorrenti dalla chiamata in giudizio alla chiusa di questo colla *sentenza*, e però le difese del convenuto, le prove della domanda e delle *eccezioni* (§ 89) e la decisione del giudice che apprezza i fatti, e risolve la questione giuridica che nasce dai medesimi: la procedura di *esecuzione,* che comprende i mezzi coi quali chi ottenne con la sentenza la dichiarazione del suo diritto, la fa eseguire se il condannato non voglia eseguirla di volontà sua. Vi ha poi delle procedure *speciali,* contenenti le forme con le quali vanno attuate le disposizioni che la legge civile ha a tutela degli assenti, dei minori, degli interdetti (*C. p. c.* ***793*** e segg., ***812*** e segg., ***836*** e segg.): della incapacità delle donne maritate (*C. p. c.* ***799*** e segg.); delle successioni (*C. p. c.* ***847*** e segg.). Fra queste procedure si può comprendere l'*apposizione dei sigilli* agli effetti ereditari, ed il *sequestro;* non la *ini-*

bizione come atto col quale il magistrato *vieta* che sia mutato lo stato di cosa su cui sia imminente la lite, perchè a questo scopo è destinato il sequestro giudiziario: i quali due istituti sono compresi nelle guarentigie consentite per l'esercizio del diritto (§ 86).

1. *Azione* è la forza con la quale il diritto si afferma contro il disconoscimento o la violazione altrui: non ha entità distinta dal diritto, ma è il diritto stesso, perchè ne è elemento essenziale, è la espressione del *potere* onde il soggetto è investito; difatti, non può essere concepito il diritto senza azione, diretta a farlo valere contro gli ostacoli ingiustamente opposti. Essa quindi è il *diritto* stesso in atto: perciò compete anche se la legge non la dia espressamente, e la sentenza non crea i diritti, ma solo li dichiara. Nel suo significato speciale, *azione* vale *atto col quale è richiesto il ministero del giudice perchè, affermata la esistenza del diritto, ne imponga la osservanza con la forza:* si dice *attore* chi la esercita, *convenuto* colui contro il quale è esercitata. Questa *forza* è la difesa che lo Stato deve, per necessità di sua esistenza, accordare al diritto (§ 87); e la natura di questo, dedotta dai fatti esposti sulla *domanda*, indica al giudice il carattere dell'*azione*.

2. Perchè l'*azione* tocca il contenuto del diritto, ne è la *manifestazione*, a seconda del come si differenziano i diritti, così si differenziano le azioni: perciò *a*) se il diritto è *reale* sarà reale l'azione, e se è *personale* (di obbligazione) sarà *personale* pur essa, nè sul carattere dell'*azione reale* influisce l'essere il convenuto condannato ad una *prestazione*, perchè non è dalla *condanna* che cotesto carattere va dedotto; si deve solo tener conto del *diritto* (il quale preesiste alla sentenza) che è posto in esercizio coll'azione, e del quale si domanda il riconoscimento, azioni reali e personali insieme, cioè *miste*, non vi ha: e se in qualche caso, come nelle azioni tendenti ad ottenere la divisione di cosa comune, parrebbe riscontrarsi l'uno e l'altro elemento, in realtà tal cumulo non esiste: l'azione di divisione, suppone bensì in chi la muove il *diritto* (reale) di comproprietà, ma il suo contenuto è il diritto di *obbligare* i comproprietari a cessare dallo stato di comunione, e però un diritto personale. *b*) Le azioni si distinguono pure in azioni reali *immobiliari* e *mobiliari* secondochè contengono un diritto reale su cosa immobile o mobile: divisione questa che influisce sulle norme della competenza

del giudice a conoscerne (*C. p. c. 90* e segg.); *c*) Si distinguono pure le azioni *dirette* e *contrarie*, relative a dati rapporti giuridici dai quali emana principalmente un'azione contro l'obbligato diretto (azione diretta): e dalla entità stessa del vincolo contratto nasce a vantaggio dell' obbligato il diritto, e quindi l'azione, a certe pretese; l'azione *diretta* nasce immediatamente col sorgere del diritto del creditore, mentre l'azione *contraria* nasce verificandosi date circostanze attinenti al negozio costituito (p. es. il diritto del comodatario al rimborso delle spese fatte per la cosa, *C. 1817*); *d*) Si hanno poi le azioni *pregiudiziali*, dirette a far valere un fatto giuridico al quale chi agisce intende coordinare altre domande (tali le quest. di stato, di competenza, ecc.): e finalmente, *e*) le azioni *riconvenzionali* che sono una forma di *eccezione* (§ 89).

Il concetto di azioni meramente *personali* potrebbe occorrere nei casi in cui non passano agli eredi qualora la persona cui competevano non le avesse promosse (p. es., *C. 167, 1082*), o non fossero state istituite contro la persona avverso la quale si avevano (*C. 1082*): sebbene, a rigor di termine, tale contenuto in questi stessi casi faccia difetto (arg. art. cit., che dànno in date condizioni facoltà agli eredi di promoverle).

3. L'azione tende a che sia affermato il diritto dal quale nasce; la condanna del convenuto ad eseguire la obbligazione corrispondente al diritto, può essere eseguita o in forma *specifica* diretta, o colla forma dell'*id quod interest* (equivalente in denaro) se l'adempimento specifico non potesse aver luogo.

§ 89. — *Eccezioni e rapporti fra le parti litiganti.*

Savigny, §§ 226-228; Windscheid, § 112; Vangerow, §§ 154 e segg.; Brinz, §§ 105 e segg.; Dernburg, *Pand.*, I, §§ 127 e segg.; Arndts-Serafini, § 101; Unger, § 124; Förster, I, § 53; Dernburg, I, § 127; Siebenhaar, §§ 96 e e segg.

Eccezione è mezzo di difesa, anche procedurale (eccezione *procedurale*), per cui l'azione cade in tutto od in parte; propriamente, eccezione varrebbe difesa che priva di efficacia il diritto contenuto nell'azione, cosicchè essa tolta, tale efficacia non sarebbe dubbia: l'eccezione sarebbe quindi legata intimamente alla nascita stessa del diritto. Tuttavia, va accolta nel significato più ampio (*C. 1312* ecc.),

e però si ha tanto nel diniego che il diritto sia nato, quanto nell'affermare che sebbene nato non lo fu efficacemente, oppure ch'ebbe luogo un fatto che lo estinse. Fra le eccezioni procedurali trova posto la domanda (azione) riconvenzionale (§ 88), con la quale il convenuto chiede la condanna dell'attore all'adempimento di obbligazione risultante o dal titolo stesso dedotto in giudizio come fondamento dell'azione, o dal titolo già presentato come eccezione alla domanda proposta (*C. p. c. 100*).

1. Le eccezioni si distinguono in *temporali* (dilatorie) e *perpetue* (perentorie), secondochè l'azione ne è respinta per qualche tempo (p. es., eccezioni procedurali d'incapacità: della destinazione delle cose dotali durante il matrimonio, *C. 1407* in f.), oppure definitivamente; in *personali* e *reali*, secondochè possono essere invocate da determinate persone (p. es., eccezione d'incapacità, *C. 137, 322, 335*, v. *C. 1234*), o contro determinate persone (p. es., la vendita priva delle formalità volute per la sua efficacia verso i terzi non libera il venditore dalla evizione); oppure sono così inerenti al rapporto giuridico, da poter essere opposte da e contro gli eredi o aventi causa delle parti.

2. Alle eccezioni del convenuto l'attore può opporne di altre (repliche), e a queste può a sua volta il convenuto opporne di nuove: l'eccezione manifesta un *diritto* in chi la propone, ed è un'azione nel senso ampio della parola: e però *reus in excipiendo fit actor*, principio di grave importanza in materia di prova.

3. La domanda e le eccezioni costituiscono nel loro insieme la *contestazione della lite*, dalla quale è determinato l'oggetto della controversia, che perciò da nessuna delle parti può essere arbitrariamente cangiata; sui risultati che dà, deve il giudice rendere la sentenza. Talvolta la legge intende per contestazione della lite lo stato processuale dato dalla domanda e dalla eccezione del convenuto (*C. 1547*), ma non è questo il suo giuridico significato.

Oltre quello che venne ora notato, la contestazione della lite non ha effetto peculiare, e molte delle conseguenze che le erano proprie nel diritto antico, sono nel moderno riconosciute alla domanda giudiziale: questa indica la pretesa di un diritto, cosicchè avendo il convenuto notizia di un atto che deve scemargli o togliere la sicurezza del proprio titolo, è giusto che dopo la domanda giudiziale

egli nulla faccia da cui abbia lesione il diritto dell'attore dichiarato dalla sentenza. Perciò, il possessore o detentore, che dopo intimata la domanda giudiziale avesse cessato di possedere per fatto proprio, incorre in responsabilità verso l'attore (*C. 439*), ed il possessore di *buona fede* deve restituire i frutti pervenutigli dopo la domanda giudiziale, che fa cessare in lui la ignoranza dei vizii del titolo (*C. 703*).

§ 90. — *Cessione delle azioni.*

Di regola, non la cessione delle *azioni*, ma la cessione dei diritti viene adoperata, perchè eguali sono le conseguenze pratiche, non mutate dal distinguere la trasmissione della sola *azione*, allo scopo che chi la intenta abbia per sè i vantaggi che ne ritrae: la seconda forma di cessione ha posto nella parte speciale delle obbligazioni. Pure, nel diritto odierno rimane in qualche caso isolata la *cessione delle azioni* nel suo proprio significato, quando alcuno obbligato a rendere cosa a lui trasferita, non potesse farlo per *colpa* altrui; così se il dotante avesse pagato la dote al marito senza le sufficienti cautele, la figlia dotata avrebbe il solo obbligo di *conferire l'azione* verso il patrimonio del marito (*C. 1007*). Ha pur sempre luogo tal cessione, quando si tratti di azioni relative ad una cosa che si trasmetta altresì con tutti i diritti conferenti alla effettività della trasmissione stessa: così il donatario evitto non ha azione contro il donante, ma può esercitarla contro chi vendette al donante la cosa donata; presumendosi che con la donazione sia avvenuta la cessione delle azioni dipendenti dall'acquisto di essa.

Indipendentemente da cotesta cessione, le azioni si trasmettono attivamente e passivamente mediante la *successione ereditaria*.

§ 91. — *Della prova.*

Savigny, §§ 302 e segg.; Windscheid, § 133; Vangerow, §§ 161-171; Förster, I, § 54; Dernburg, I, §§ 126 e segg.; Siebenhaar, §§ 93 e segg.; Mancini, Pisanelli e Scialoia, op. cit., vol II; Mattirolo, op. cit., vol. II, III.

I mezzi coi quali è accertata la esistenza del fatto giuridico che si allega, costituiscono la prova. La quale perciò concerne solo *fatti* che abbiano prodotto le conseguenze giuridiche cui accenna

il deducente; quando i fatti allegati nessuna relazione avessero con questo, sarebbe inutile il farne la prova, ed il giudice potrebbe non ammetterla (*frustra probatur quod probatum non relevat*). Oltre tal potere di apprezzamento sul valore, che, in relazione alla pretesa, ha il contenuto della prova, il giudice ha il dovere di non ammettere mezzi probatorii non voluti dalla legge, e quando questa ne richiedesse di speciali per determinati fatti giuridici (p. esempio *C. 165, 1359, 1533*), egli non può accoglierne altri. Talvolta la prova può non avere ad oggetto un fatto, ma la legge: ciò avviene, quando si dovesse provare la esistenza *a*) di una legge straniera, o della interpretazione datale nel territorio ove impera, oppure, *b*) di una *consuetudine*, alla quale la legge espressamente si riferisca come norma regolatrice dei rapporti fra le parti; all'infuori di questi due casi, una *questione di diritto* non può essere oggetto di prova (*iura novit curia*).

L'onere della prova incombe a chi allega i fatti che vuole produttivi di conseguenze giuridiche a suo riguardo: perciò l'attore dovrà dimostrare i fatti che sono il fondamento dell'azione promossa, e delle contro-eccezioni che volesse opporre alle eccezioni del convenuto, il quale deve a sua volta provare i fatti su cui poggia la propria difesa. Cotesta prova non è necessaria, quando i fatti che dànno origine all'azione od alla eccezione fossero già ammessi validamente in giudizio dalla parte contro la quale vengono addotti (*confessione*, § 92), o risultassero da una presunzione *legale* (§ cit.).

§ 92. — *Dispensa dalle prove.* 1) *Confessione.* 2) *Presunzioni legali.*

V. fonti cit. Aubry et Rau, §§ 750, 751; Laurent, XIX, 605 e segg.; XX, nn. 1-216; Larombière, op. cit.; Mattirolo, op. cit.,; Mancini, Pisanelli e Scialoja, op. cit.

C. c. it., a. 1355-1361; 1349-1354; C. c. fr., a. 1354-1356; 1349-1353; C. c. neerl., a. 1960-1965; 1952-1959; C. c. port., a. 2408-2417; 2516-2519; C. c. dell'Urug., a. 1567-1571; 1561-1566; Cod. c. del Chilì, art. 1712-1713.

Vi ha istituti i quali, per il fine che ottengono, sono veri mezzi di prova, perchè la domanda dell'attore o la eccezione del convenuto ne rimangono avvalorate, ritenendosi per essi dimostrati i fatti giuridici enunciati; ma nel loro contenuto non sono una vera *prova*,

perchè posti in essere dalla parte stessa contro la quale dovrebbe esser fatta o dalla legge. Nell'un caso, l'ammissione fatta dal convenuto *dispensa* l'attore dal provare i fatti onde trae vita l'instanza, nell'altro è la legge che in determinate circostanze *presume* fondata la domanda, o la eccezione, e soccorrendo queste della prova, *dispensa* pure l'attore od il convenuto dal prestarla: si hanno così i due istituti della *confessione*, e della *presunzione di legge*.

1. La *confessione* della parte è la dichiarazione con la quale una persona capace riconosce la esistenza di un *fatto* onde emanano conseguenze giuridiche in proprio svantaggio, e favorevoli alla persona cui vien fatta: e siccome tale ammissione è posta dal dichiarante contro il proprio interesse, è emessa dalla sua *volontà*, così va reputata interamente conforme a verità, e la confessione è detta perciò la maggiore fra le prove. Cotesta reputazione di verità che le dà il carattere di *irrevocabile*, vien meno solo quando sia provato che essa fu conseguenza di un errore di fatto (*C. 1360*, al.), nel qual caso è revocabile, perchè l'esistenza dell'errore dimostra la non verità del fatto, e però infirma il contenuto della confessione; non avviene altrettanto (*C. 1360* al. 2), quando sia allegato l'errore di diritto, sia perchè di regola questo errore non scusa, sia perchè esso non toglie la *verità* del fatto che è la entità della confessione: si deve presumere che il dichiarante conosca appieno le conseguenze giuridiche della sua confessione. Un secondo carattere deriva dal primo or notato, ed è la *indivisibilità* della confessione (*C. 1360*); se la riputazione di verità riveste la fatta dichiarazione, è certo che deve rivestirla com'è avvenuta, cioè nel suo insieme; ossia, dacchè la confessione è dichiarazione di *volontà*, va accolta nel modo con cui questa si è interamente manifestata e non può essere divisa in danno del dichiarante: chè dalla divisione risulterebbero conseguenze contrarie alla *volontà* di esso, e perciò allo stesso fondamento giuridico della confessione. Cosicchè, se il *fatto* fosse ammesso coll'aggiunta di circostanze così strettamente attinentigli da non poterne essere separate senza violare le unità, l'insieme del *fatto giuridico* che si *volle* dichiarare, la confessione è inscindibile; e lo è, tanto se nell'ammettere la esistenza del negozio il dichiarante vi aggiunga elementi naturali od accessorii (conf. *qualificata* dagli interpreti) che lo modifichino

in suo vantaggio, quanto se vi aggiunga fatti dai quali ne consegua giuridicamente la estinzione (p. es. il *pagamento*, ed anche la *compensazione* che gli è pareggiata per la efficacia sua sul negozio ammesso). Che se i fatti aggiunti non fossero in colleganza giuridica col fatto ammesso, e toccassero un ordine di rapporti indipendente affatto da quello, la inscindibilità non potrà essere invocata dal dichiarante: il fatto ammesso nulla ha che ne leghi il contenuto giuridico all'altro aggiunto, e però la dichiarazione intorno a quello sta da sè (in questo senso è qui intesa la confess., detta *complessa*).

La confessione, perchè è dichiarazione di volontà, va fatta da chi giuridicamente possa farla, ossia da chi ha la capacità di obbligarsi (*C. 1361*): i tutori e gli amministratori possono farla obbligando gli amministrati, solo quando sia fatta nei casi e modi pei quali i loro atti obbligano i propri rappresentati, i quali altrimenti non possono averne pregiudizio (*C. 1361*, 1° al.). Ed è negozio giuridico *unilaterale*, in quanto emana tutta dal volere del dichiarante, nè per la sua validità è necessaria l'accettazione dell'altra parte, sebbene talvolta (v. B) la presenza di questa influisca sulla sua efficacia.

A. La confessione *a*) per il *tempo* nel quale è fatta, si distingue in *giudiziale* ed *estragiudiziale*, secondochè è fatta in giudizio ed in un atto che gli sia relativo (*C. 1356*), oppure fuori di esso (*C. 1357*); *b*) per la *forma* con la quale la dichiarazione è estrinsecata, valgono i principii generali sulla manifestazione della volontà, e colle opportune garanzie ordinate dalla legge (*C. p. c. 218*), il *silenzio* della parte interpellata è considerato come tacita ammissione dei fatti chiesti.

B. L'*efficacia* della confessione sta nell'indurre la presunzione di verità dei fatti ammessi; perciò, quando il dichiarante ammettendo il fatto aggiunge altri elementi che gli sieno collegati (confessione inscindibile), la parte che vi ha interesse ha il diritto di provare la inesistenza di questi ultimi. La confessione forma una piena prova contro colui che l'ha fatta: la giudiziale fatta dalla parte o dal suo procuratore speciale, ripete cotesta efficacia dall'esser fatta *in giudizio*, e però non le vien meno se fatta dinanzi ad un giudice incompetente, perchè questo vizio non toglie l'im-

portanza, la solennità del tempo nel quale la confessione fu fatta (*C. 1356*); la estragiudiziale l'ha, se fatta alla parte od a chi la rappresenta (*C. 1358*), perchè dall'aver luogo in simile circostanza ne viene per la parte cui è fatta il diritto a valersene, ed è un vero impegno che il dichiarante si ha assunto; invece se fosse fatta ad un terzo, queste ragioni di importanza cessano, nè può somministrare che un semplice indizio (*C. 1358* al.).

2. *Presunzione* (*C. 1349*) è l'induzione dell'esistenza di un fatto giuridico che vien fatta da circostanze determinate ed accertate, le quali, o ciascheduna delle quali isolatamente tolta, non basterebbero a legittimare interamente cotesto effetto. Perciò la legge (a dir qui della sola presunzione *legale*), argomentando dal valore stesso che le circostanze studiate hanno in sè (p. es. la presunzione di colpa nei genitori, *C. 1153*), o dal fatto che esse sono il più delle volte motivo vero delle conseguenze che ne trae, volle presumer queste come inerenti alle circostanze prevedute: la dimostrazione dei fatti che sono il fondamento della presunzione dispensa dalla prova la parte che li invoca come fatto giuridico a suo vantaggio (*C. 1352*). Il fondamento della presunzione legale chiarisce come, *a*) essa esista *solo* quando una legge speciale l'attribuisca a certi atti od a certi fatti, cosicchè non si può stabilirla per via d'interpretazione; e come, *b*) accertato che i fatti sui quali è fondata significano ben altro, non possa più aver luogo: dovendo quel che è solo presunto cedere alla realtà.

a) Esempio di presunzione legale dànno le disposizioni che dichiarano nulli certi atti per la loro qualità, come fatti in frode di esse (*C. 1350*, v. p. I, *C. 773*, *1053*, ecc.); e quelle in cui è dichiarato che la proprietà (p. es. *C. 546*) o la liberazione risulta da alcune determinate circostanze (p. es. *C. 1279*, *C. 1350*, 2).

b) Tuttochè di regola sia ammessa la *prova contraria* alla presunzione, tuttavia vi ha presunzioni contro le quali non lo è (pres. *iuris et de iure*, a differenza delle altre pres. *iuris tantum*): l'eccezione è giustificata da motivi di ordine pubblico, ed ha luogo quando sul fondamento della presunzione si annullano certi atti o si nega l'azione in giudizio (*C. 1353*); se fosse altrimenti, riescirebbero inutili l'annullamento ed il diniego, e la presunzione non

fa che appoggiare i motivi d'interesse generale per cui le due sanzioni vennero introdotte. Tuttavia, potrebbe avvenire che questi motivi non fossero talmente gravi da escludere la prova contraria alla presunzione che li sorregge; perciò il legislatore ha ordinato, come deroga alla eccezione, la riserva che per tale prova fosse in alcuni casi esplicitamente fatta (*C. 1353*).

§ 93. — *Prove.* A) *Scrittura.* 1) *Atto pubblico.*

Aubry et Rau, §§ 753-755; Laurent, XIX, nn. 102-193; Larombière, Mattirolo, Mancini, Pisanelli e Sciadoja, op. cit.

Cod. civ. it., a. 1315-1319; C. c. fr., a. 1317-1324; C. c. neerl., a. 1904-1910; C. c. port., a. 2422-2430; C. c. dell'Ur., a. 1535-1541; Cod. c. del Chilì, a. 1698-1701; Cod. civ. della Rep. Arg., art. 979-1011.

La prova per iscritto è quella che per mezzo di scrittura accerta la esistenza di un determinato fatto giuridico: e siccome la sua efficacia è diversa secondochè chi redige la dichiarazione è un ufficiale pubblico, oppure un privato, così si hanno due modi ond'essa risulta: l'*atto pubblico* e la *scrittura privata* (*C. 1313*).

Atto pubblico è la scrittura contenente la dichiarazione di volontà ch'è ricevuta da un notaio od altro pubblico uffiziale *autorizzato nel luogo ove l'atto è seguito* (compet. *reale* e *territoriale*), e lo è con le debite formalità (*C. 1315*); il carattere e la funzione della persona che ha ricevuto l'atto gli attribuiscono (concorrendo le altre condizioni ricordate) la *pubblica fede* (*C. 1315*), ond'è che esso ha in sè la prova di sua autenticità (*C. 1311 pr.*) nè questa può venir revocata in dubbio senza la impugnativa di falso (*C. p. c. 206* e segg.).

La efficacia probatoria dell'atto pubblico sta nel far piena fede, sia di fronte alle parti che ai terzi, dei fatti che sono opera del notaio *(formalità)*, e dei fatti delle parti seguiti alla *presenza* del notaio, o del pubblico uffiziale che lo ha ricevuto (*C. 1317*): le dichiarazioni relative possono venir combattute solo col giudizio di falso; perciò, i fatti non seguiti alla presenza del pubblico uffiziale che tuttavia ne ha tenuto parola non hanno siffatta guarentigia. Come non l'hanno neppure la verità, la sincerità dei fatti che seguirono dinanzi all'uffiziale pubblico, il quale non può accertarle nè ha qualità per farlo: così è, che il giudizio di *simulazione* può

essere validamente promosso contro l'atto e le dichiarazioni che vi sono contenute. Se poi l'atto contenesse cose espresse solo in modo enunciativo, o l'enunciativa ha un rapporto diretto colla disposizione, e l'atto ne fa prova *fra le parti*, o è estranea e varrà solo come principio di prova (*C.* ***1318***): anche i ***terzi*** si potranno servire della dichiarazione ***voluta e fatta dalle parti*** o da una di esse in lor favore, come prova o come principio di prova; ma, essendo estranei all'atto, la dichiarazione fatta contro di essi non avrebbe valore alcuno.

Finalmente, l'atto pubblico ha forza di titolo esecutivo (***C. p. c. 554***, 3°): ma se venisse impugnato di falsità, nel caso di querela di falso in via penale la esecuzione dell'atto impugnato è sospesa col mandato di cattura; fino a che questo non sia rilasciato, e nel caso di querela di falso in via civile, l'autorità giudiziaria può a norma delle circostanze sospendere temporaneamente l'esecuzione dell'atto (*C.* ***1317***). Distinzione voluta dalla diversa gravità del giudizio promosso.

L'atto che non riunisce le condizioni notate (v. § pres. in pr.) non ha forza di atto pubblico, e però la incompetenza od incapacità dell'uffiziale, od il difetto di forma gli levano tal carattere (***C. 1316***): tuttavia, vale come scrittura privata quando sia sottoscritto dalle parti, senza bisogno di alcuna delle altre formalità che la legge ordina per la efficacia delle scritture private (v. § 2): da un lato vi è la sottoscrizione che legittima la mutazione di carattere dell'atto: dall'altro, la osservanza delle condizioni volute perchè l'atto fosse *pubblico* se non fu tale da ottenere cotesti risultati, è parsa sufficiente perchè senz'altra formalità, colla sola sottoscrizione delle parti l'atto valesse come scrittura privata (***C. 1316***: v. pure ***C. 804***).

2) *Scrittura privata.*

Aubry et Rau, § 756; Laurent, XIX, 271-364. V. gli altri Aut. cit. nel § prec. C. c. it., a. 1320-1331; C. c. fr., a. 1322-1332; C. c. neerl., a. 1911-1920; C. c. port., a. 2431-2440; C. c. della Rep. Arg., a. 1012-1036; Cod. c. dell'Ur., art. 1541-1542; Cod. civ. del Chilì, art. 1702-1707.

Scrittura privata è la dichiarazione di volontà che dà nascita al negozio giuridico, scritta e sottoscritta o quanto meno sottoscritta

dal dichiarante. Mancando qui la presenza dell' uffiziale pubblico, onde l'atto trae pubblica fede, la scrittura privata non ha in sè la prova di sua esistenza, ed anche contro il suo contenuto è opponibile la prova contraria; ha la stessa fede dell'atto pubblico quando sia stata riconosciuta dalla persona contro la quale è prodotta (*C. 1320*), acquistando per il fatto dell'interessato la presunzione di verità.

1. Il riconoscimento è *reale* quando abbia avuto effettivamente luogo, *legale* quando è considerato dalla legge come avvenuto (p. es. sottoscrizione autenticata da un notaio, *C. 1323*): esso costituisce il primo atto cui deve provvedere chi si vale della scrittura privata, onde accertarne la verità, e mentre la persona contro la quale è prodotta è tenuta a rispondere riconoscendo o negando *formalmente* il proprio carattere o la propria sottoscrizione, avendo ogni possibilità di farlo, gli eredi od aventi causa possono limitarsi a dichiarare di non conoscerla, perchè è possibile che non conoscano il carattere o la firma del loro autore (*C. 1321*). Il riconoscere la firma o la sottoscrizione non toglie a chi lo fa il diritto di impugnare il contenuto della scrittura, anche se nessuna riserva venne fatta (*C. 1324*), perchè l'atto non ha ad oggetto siffatta rinuncia; il non riconoscerle non può decidere sulla verità loro, e perciò ne sarà ordinata la verificazione giudiziale (*C. 1322*).

2. La sola formalità richiesta dalla legge per la scrittura privata, è la sottoscrizione della persona dichiarante cosa dalla quale derivano conseguenze giuridiche a favore di altri, sebbene, per motivi eccezionali inerenti all'essenza dell'atto, la legge abbia talvolta ordinato che eziandio il contenuto sia scritto dalla persona sottoscrivente (*C. 775*); la firma infatti indica accettazione del contenuto che la precede. In un solo caso, *specialmente* contemplato, è richiesta altra formalità, a garanzia degli abusi cui, a danno del sottoscrivente può dar luogo la *firma in bianco:* quando la obbligazione avesse ad oggetto il pagamento di somme in danaro, o la prestazione di altra cosa valutabile in quantità, la scrittura dev'essere tutta di mano di chi l'ha firmata, o quanto meno il sottoscrivente deve aggiungere di *propria mano* alla sua sottoscrizione un *buono* od *approvato* indicanti in tutte lettere la somma e la quantità della cosa (*C. 1325*): la differenza fra le indicazioni date nel

contenuto e nel *buono* od *approvato*, si risolve presumendo la obbligazione per la somma minore, salva la prova contraria, dovendosi nel dubbio decidere favorevolmente al venditore (*C. 1326*).

3. Dalla prima delle due formalità accennate, la legge eccettua alcuni casi di scritture contenenti dichiarazioni a favore altrui e contro la persona che le scrisse presso la quale esistono: anche in difetto di sottoscrizione, si ha nel fatto una confessione alla quale è da aggiustar fede. Perciò, i libri dei commercianti fanno fede contro di essi, ma la dichiarazione che contengono non può essere scissa in lor danno (§ 92, *C. 1329*): i registri e le carte domestiche se non fanno prova a favore di chi le ha scritte, perchè egli stesso si creerebbe il titolo di credito, fanno fede contro di lui quando enunciano formalmente la ricevuta di un pagamento, e quando in essi sia detto espressamente che l'annotazione è scritta per supplire alla mancanza di titolo a favore del creditore (*C. 1330*); finalmente, quando un titolo sia rimasto sempre presso il creditore, le annotazioni ch'egli vi facesse in margine o sul dorso, dimostranti la liberazione del debitore, fanno fede di ciò, anche se non sottoscritte e non datate: altrettanto avverrebbe se il documento si trovasse presso il debitore, per le annotazioni fattevi dal creditore (*C. 1331*).

Alla formalità del *buono* od *approvato* è fatta poi eccezione per le *materie commerciali:* si bada perciò alla natura dell'atto, e la speditezza necessaria negli affari commerciali, nonchè la buona fede che si presume domini nelle contrattazioni relative, dànno ragione della dispensa ordinata.

Oltre le formalità anzidette, non ve ne ha altra necessaria per la validità della scrittura privata : nè è ad eccettuare il caso di obbligazione bilaterale, quasi per questa siano necessari più originali quante sono le parti, essendo sufficiente che la scrittura firmata da un contraente si trovi presso l'altro che domanda la esecuzione dell'obbligo che quello si ha assunto, ed ha intrapreso, od è pronto a farlo, la esecuzione del proprio.

4. La scrittura privata riconosciuta, o legalmente tenuta per tale, ha efficacia fra quelli che l'hanno sottoscritta, i loro eredi ed aventi causa. Tuttavia, rispetto ai terzi (e fra questi vanno compresi gli aventi causa il cui diritto venisse menomato da una scrittura privata anteriore alla trasmissione lor fattane, perchè in tal

caso sono veri terzi), la data non è certa e computabile quando non occorra una delle quattro circostanze seguenti, delle quali è resa impossibile l'antidata: *a*) il giorno della registrazione; *b*) il giorno in cui colui, od uno di coloro che ha sottoscritto la scrittura, è morto od è posto nella fisica impossibilità di scrivere; *c*) il giorno in cui la sostanza delle scritture è comprovata da atti stesi da ufficiali pubblici (processi verbali d'inventario, ecc.); *d*) il risultare della data da altre circostanze equipollenti (*C.* ***1329***).

5. Una scrittura privata può essere in conflitto con un atto pubblico, quando essa valga non a costituire un nuovo negozio, ma solo a dichiarare che il contenuto dell'atto pubblico è simulato totalmente o parzialmente. In questo caso, la scrittura è detta *controdichiarazione:* e siccome i terzi e gli aventi causa non possono che aggiustare piena fede al negozio com'è statuito nell'atto pubblico, così le contro-dichiarazioni non hanno effetto che fra le parti contraenti ed i loro successori a titolo universale, i quali rappresentandole, succedono in tutti i loro rapporti giuridici.

Per le *enunciazioni* contenute nella scrittura privata, vale la distinzione fatta per quelle che fossero contenute nell'atto pubblico (*C.* ***1318***, § 93).

§ 94. — B) *Atti di ricognizione.*

V. fonti cit.
C. c. it., a. 1340; C. c. fr., a. 1337.

Atto di ricognizione è quello col quale vien rinnovato un atto precedente, per il che va anche detto atto di rinnovazione: ed è tale in quanto nulla contenga di diverso dall'atto primitivo, onde se vi ha eccesso od errore nella ricognizione, dimostrata colla esibizione di quest'atto, il debitore, gli eredi od aventi causa non ne rimangono obbligati. Se vi ha più atti di ricognizione di data diversa prevale il posteriore, giacchè l'ultima toglie forza alle precedenti dichiarazioni di volontà (*C.* ***1340***).

§ 95. — C) *Copie degli atti pubblici e delle scritture private.*

AUBRY et RAU, § 760; LAURENT, XIX, nn. 369-383; e gli altri Aut. cit.
Cod. civ. it., a. 1333-1339; C. c. fr., a. 1334-1336; C. c. neerl., a. 1125-1127; C. c. port., a. 2498-2501; C. c. dell'Ur., a. 1552-1554.

La *copia* di un atto pubblico o di una scrittura privata rispondendo perfettamente all' atto dal quale ha origine (originale) deve avere la stessa fede che questo ha: ma, affinchè questa rispondenza sia certa, e la copia faccia fede come l'originale, è necessario che la *copia dell' atto pubblico* sia estratta dall' originale ed autenticata dall'uffiziale che l'ha ricevuto, od è autorizzato ad autenticarla, (*C. 1333*), o sia estratta in conformità dei regolamenti dalla *copia autenticata* esistente nell'archivio (*C. 1334*), e depositatavi dal pubblico uffiziale che ne abbia obbligo; la *copia della scrittura privata* va fatta sull'originale depositato in pubblico archivio e spedita dall'archivista in conformità ai regolamenti (*C. 1333*, al.). La efficacia di tali copie, estratte con le garanzie notate, sta: 1) nel divieto di esigere nel luogo del giudizio la presentazione dell'originale o della copia depositata nel pubblico archivio: può solo esserne chiesta la collazione con quello, ed in mancanza con questa, e non esistendo l'uno o l'altra, le copie stesse fanno piena fede, se non abbiano abrasioni, o non diano in modo alcuno luogo a sospetto (*C. 1335, 1336*); 2) queste copie possono servire da originale, allo scopo di estrarne delle altre, quando esistano in pubblico registro, o se esistendo in mano di privati siano, citati gli interessati o col loro consenso, d'ordine del giudice depositate nell'archivio (*C. 1337*).

§ 96. — D) *Tacche di contrassegno.*

AUBRY et RAU, § 759; LAURENT, XIX, nn. 365-368.
C. c. it., a. 1332; C. c. fr., a. 1333; C. c. neerl. a. 1924.

La prova può esser data da altri segni che non siano le lettere, come avviene nelle *tacche di contrassegno:* le tacche o taglie che esistono, corrispondendosi nel contrassegno di ciascuna delle due parti contraenti, fanno fede fra le persone che usano comprovare con tal mezzo le somministrazioni fatte e ricevute al minuto (*C 1332*).

§ 97. — E) *Prova testimoniale.*

Aubry et Rau, §§ 761-765; Laurent, XIX, 394-604: e gli altri Aut. cit.
C. c. it., a. 1341-1348; C. c. fr., a. 1341-1348; C. c. neerl., a. 1932-1951; C. c. dell'Ur., a. 1555-1560; C. c. del Chilì, a. 1710-1711.

La prova testimoniale consiste nella deposizione, fatta e ricevuta con le dovute formalità (*C. p. c.* ***229*** e segg.), di persone che dichiarano, per averle udite o per avervi presenziato, circostanze relative alla esistenza di un fatto giuridico (per es. confessione stragiudiziale, *C.* ***1359***). La legge, non per impedire il moltiplicarsi delle liti (chè allora non si intenderebbe il limite statuito), ma per la possibilità che si abbiano testimoni i quali depongano cose contrarie al vero, ha accolto con diffidenza cotesto mezzo di prova: e lo costrinse entro confini specialmente determinati.

A. Il primo, derivante da cotesta sfiducia, sta nell'essere tal prova ammessa solo per i negozii il cui oggetto non ecceda in valore le cinquecento lire, e nel valore si computa pure quanto accede all'oggetto principale (p. es. se l'azione contenesse la domanda del capitale e degli interessi, *C.* ***1342***); ciò vale anche per il deposito volontario, giacchè chiedere al depositario la prova scritta non è fargli ingiuria (*C.* ***1341***). Questo limite del valore concerne la costituzione del fatto giuridico, e però la riduzione della domanda fatta (*C.* ***1343***) e la domanda di somma minore di lire cinquecento che fosse parte o residuo di altra maggiore, non dànno luogo a prova testimoniale (*C.* ***1344***); ma non va egualmente applicato per le circostanze che, sebbene attinenti al fatto giuridico, non ne riguardano la *costituzione* (p. es. la *colpa* nell'esecuzione d'esser obbligazione), a meno che nel discutere di esse anche questa non venisse in discussione; e neppure quando le circostanze relative alla esistenza del fatto fossero dirette a trarne conseguenze non attinenti alla diretta esecuzione di esso (p. es. il fatto del pagamento per dimostrare la interruzione della prescrizione).

1. Il motivo della limitazione ordinata accenna come questa sia d'ordine pubblico; perciò: *a*) va osservata anche dai terzi; *b*) il giudice dovrà rilevarne d'ufficio la violazione; e, *c*) il consenso delle parti non può derogarvi. Ad impedire che sia elusa è statuito che ove

la parte faccia nello *stesso giudizio* più domande non giustificate da scrittura, non possa provarle con testimoni, ove riunite eccedano il valore anzidetto, sebbene procedano da diverse cause che si dicano essere originate in tempi diversi (*C.* ***1345***); e perchè tale garanzia non sia delusa coll'intentare le domande in *giudizi separati*, queste, quando non giustificate interamente da scritto, vanno proposte nello stesso giudizio; si può proporle in giudizi successivi, ma la prova testimoniale non è ammessa a constatarle (*C.* ***1346***). Siffatta guarentigia cessa venendone meno il motivo; quindi, se la parte dimostrasse che le diverse domande derivano da *diverse persone* per successione, donazione od altrimenti, la prova testimoniale sarebbe ammessa (*C.* ***1345*** in f.).

B. Il secondo limite è dato dalla prevalenza della prova scritturale sulla testimoniale, stante la certezza maggiore che ne emana: la scrittura è affermazione della parte contro la quale è prodotta, e perciò la prova testimoniale non è *mai* ammessa a dimostrare cose in contrario od in aggiunta al contenuto in atti scritti, o ciò che si allegasse esser stato detto prima, contemporaneamente e posteriormente ai medesimi (*C.* ***1341***).

2. Alle norme sul divieto della prova testimoniale son fatte le eccezioni seguenti: *a*) le disposizioni della legge commerciale (*C.* ***1341***), per la necessità di non frapporre alla celerità degli scambi commerciali ostacoli di forma; *b*) l'esistenza di un principio di prova per iscritto che è qualunque *scritto proveniente da colui contro il quale si propone la domanda*, o da quello che egli rappresenta, e *che rende verosimile il fatto allegato* (*C.* ***1347***), essendo in questo caso ben diminuite le ragioni di diffidenza contro la prova testimoniale; *c*) la impossibilità nella quale siasi trovato l'istante di procurarsi una prova scritta del fatto giuridico da lui invocato: come ad esempio avviene nelle azioni fisiche (avvenimenti naturali, oppure un fatto dell'uomo; p. es. possesso): nelle obbligazioni nascenti da quasi contratti, da delitti e quasi delitti, nei depositi necessari (tenendo conto delle persone e delle circostanze del fatto), nelle obbligazioni contratte in caso di accidenti impreveduti che non permettessero di fare atto per iscritto; *d*) quando il creditore avesse perduto il documento scritto, in conseguenza di caso fortuito *impreveduto*, derivante da forza maggiore: in questi due

casi (*c, d*), la inesistenza della scrittura non è infatti imputabile a chi invoca la prova.

§ 98. — F) *Presunzioni.*

V. fonti cit. nel § prec.

La presunzione ch'è lasciata alla prudenza del giudice (*pr. hominis, pr. facti;* pr. non stabilita dalla legge) differisce dalla legale perchè contiene una prova (tuttochè non piena) *diretta* a stabilire un fatto giuridico, e perchè l'argomentare dalle circostanze conosciute la verità del fatto controverso, è abbandonato interamente alla prudenza del giudice; al quale la legge traccia solo, come criterio generalissimo, i caratteri che la presunzione deve avere perchè sia ammessa: *a*) *grave*, ossia così importante da determinare la conseguenza trattane; *b*) *precisa*, cioè in rapporto diretto col fatto da conoscere, e *c*) *concordante* con le altre, quando più siano le presunzioni.

Il giudice non può ammettere tale prova nei casi in cui non è dalla legge accolta la testimoniale (*C.* ***1354***): riuscirebbero a nulla i limiti segnati a quest'ultima, se venisse accolta allo scopo di trarne *presunzioni*, che poi costituiscono un mezzo di prova.

§ 99. — G) *Del giuramento decisorio.*

AUBRY et RAU, §§ 752-753; LAURENT, XX, 222-229; e gli altri Aut. cit.
C. c. it., a. 1362-1373; C. c. fr. a. 1357-1365; C. c. neerl., a. 1966-1982; C. c. dell'Ur., a. 1572-1573; C. c. del Chilì, a. 1714.

Il *giuramento* è l'affermazione solenne data dalla parte, alla quale è deferito o riferito, sulla verità di un determinato fatto: è un appello alla coscienza, e perciò la parte deve prestarlo di presenza e non per procuratore (*C.* ***1362***); è *solenne*, perchè prestato sotto la influenza dell'ammonizione sulla importanza dell'atto, sugli obblighi che giurando il falso sono contratti verso la Divinità e la legge penale.

1. Il giuramento *decisorio* è quello che una parte deferisce all'altra per farne dipendere la decisione della controversia (*C.* ***1353***, 1°): il suo carattere giuridico ha perciò della transazione (*jusjurandum speciem transactionis continet*) nello scopo, giacchè con questo mezzo vien risoluta definitivamente la controversia: se

ne allontana, ed è allora più che una transazione, perchè il suo effetto non dipende da nuovo consenso delle parti, nè dal dare o ritenere qualche cosa che ognuna di esse faccia: chi giura vince su quanto ha giurato. Per questa sua efficacia può essere deferito in qualunque specie di controversia civile nella quale possa intervenire validamente la transazione (*C.* ***1364***), ed in qualunque stato si trovi la causa, e però anche nelle conclusioni; non fa ostacolo la mancanza di un principio di prova sulla domanda od eccezione, ripetendo dalla natura sua l'intiero vigore (*C.* ***1366***), nè il giudice può respingerne la instanza, tranne il caso di fatto irrilevante (v. n. 2 in f.).

2. Per la forza che ha (§ pres. 4), il giuramento è un atto di disposizione; perciò non può deferire od accettare un giuramento chi non avesse capacità a disporre delle sue cose. Oggetto suo è un *fatto specifico e proprio* della persona cui è deferito, essendo questo il solo del quale la coscienza possa affermare o no recisamente la verità: oppure la *semplice notizia di un fatto* (*C.* ***1365***); ma il fatto non deve essere delittuoso (punito cioè in qualunque modo dalla legge penale), perchè è a dubitare della sincerità del giuramento che ne contraddica l'esistenza, e l'affermativo poi sarebbe rivelazione della immoralità propria, al che nessuno può essere astretto (*C.* ***1364***). Altri fatti sui quali non può essere deferito il giuramento, sono espressamente designati dalla legge, in contemplazione della forza data alla scrittura: così, i fatti che l'ufficiale pubblico attestasse nell'atto da lui redatto come seguiti in sua presenza non si possono impugnare con giuramento (§ 93), e con questo non si può dar prova delle convenzioni che la legge vuole risultino da atto scritto (*C.* ***1364***).

I fatti costituenti materia del giuramento debbono essere *rilevanti,* influire cioè necessariamente sulla decisione della controversia, giusta lo scopo di tal prova (*C.* ***1363***, 1°): l'apprezzamento su questa rilevanza è lasciato interamente al giudice. Possono essere anche *interni*, contenere cioè la *intenzione* colla quale si è agito (p. es. *simulazione* di un atto).

3. L'effetto del giuramento decisorio è di accertare assolutamente una circostanza di fatto, e però prestato ch'esso sia, l'altra parte non è ammessa a provarne la falsità (*C.* ***1370***) nello stesso giudizio, e neppure a costituirsi parte civile nel giudizio penale che

avesse luogo. La designazione corretta di questi effetti vuole si distinguano i seguenti stadi: *a*) il *deferire* il giuramento è offerta che si fa all'altra parte di definire la controversia su un *fatto* con tal mezzo di prova, cosicchè è necessario che la parte, cui è proposto, *dichiari* la sua volontà in proposito, *accettandolo* o *non accettandolo* o *riferendolo*; perciò fino a che questa dichiarazione non abbia luogo, la parte che lo ha deferito non è impegnata dall'offerta fatta, e può rivocarla. Che se sull'ammessibilità del giuramento sorga disputa, la revoca sarà possibile solo fin quando non sia intervenuta sulla materia una sentenza irrevocabile: ma se questa avesse variata la formola proposta, la parte instante non ne è impegnata, perchè non contiene più l'*offerta* da lei fatta, e, anche se la parte avesse dichiarato di accettare, può revocare la offerta: salvo che non vi sia qualche atto posteriore di acquiescenza alla formola variata (*C.* ***1372***); *b*) se la parte cui è deferito il giuramento dichiara di accettarlo, e di essere pronta a giurare, chi lo ha deferito può dispensare il suo avversario dal prestarlo: ma l'accettazione obbliga chi fece la offerta, e però il giuramento si ha come prestato (*C.* ***1371***); *c*) la parte cui è deferito il giuramento può *riferirlo* all'altra parte, perchè è a presumere, che se questa deferì il giuramento sul fatto che è base della sua azione, debba essere pronta a giurare contrariamente alla eccezione: ond'è, che il giuramento riferito non può essere nuovamente riferito, e ciò anche per impedire che i riferimenti abbiano luogo all'infinito. Tolta questa differenza, per il giuramento *riferito* valgono le stesse regole che pel *deferito* intorno alla capacità, al *fatto* che dev'essere comune alle due parti e non solo *proprio* di quella cui fu deferito, all'accettazione, agli effetti (*C.* ***1369***, ***1370***, ***1371***); ma il potere di *riferire* sta finchè la parte cui il giuramento è deferito non abbia dichiarato di essere pronta a giurare, perchè in tal caso la offerta fatta obbliga l'accettante (*C.* ***1368***); *d*) il giuramento deferito o riferito spiega solo, quando sia *prestato effettivamente,* la forza notata sulla verità della circostanza contenuta nella formola; *e*) se la parte cui è deferito il giuramento ricusa di prestarlo o non lo riferisce, e se la parte cui è riferito lo ricusa, il rifiuto vale ammessione del fatto contenuto nella domanda, e perciò il ricusante soccombe nella lite (*C.* ***1367***).

§ 100. — H) *Prova incompleta. Giuramento deferito d'uffizio; g. estimatorio.*

AUBRY et RAU, §§ 767, 768; LAURENT, XX, 280-304; MATTIROLO, op. cit.; MANCINI, PISANELLI e SCIALOJA, op. cit.
C. civ. it., a. 1374-1377; C. c. fr., a. 1366-1369; C. c. neerl., a. 1977-1980; Cod. c. port., a. 2533, 2534; C. c. dell'Ur., a. 1572-1573; C. c. del Chilì, a. 1714.

Accade che dei mezzi di prova suddescritti alcuni non abbiano talvolta tutti i caratteri voluti perchè facciano piena fede, ma in pari tempo ne abbiano altri, per cui sarebbe ingiusto toglier loro interamente il valore probatorio: ne risulta che, secondo la diversa importanza dei caratteri deficienti, il mezzo di prova avrà il valore di *principio di prova,* oppure di *semplice indizio.* Al primo caso appartengono le enunciative contenute in atto pubblico o scrittura privata, e che sono *estranee* alla disposizione, perchè le attinenti a questa fanno piena fede (*C. **1318,*** § 93); così pure, le copie di un atto o scrittura di cui mancasse l'originale o la copia depositata in pubblico archivio, *fatte da più di trent'anni,* ed estratte da un ufficiale pubblico *a ciò non autorizzato* (chè altrimenti ne sarebbe diversa la efficacia, *C. **1336***), e le copie che si trovassero *solo trascritte sui pubblici registri* (*C. **1338**, **1339***). L'efficacia del *principio di prova scritta* è ben rilevante quanto all'ammissibilità della prova testimoniale (*C. **1347**;* § 97). Al secondo caso appartengono: *a*) *i libri dei commercianti,* che non dovrebbero far fede delle somministrazioni registratevi contro le persone non commercianti, perchè lo scrivente si costituirebbe da sè il titolo: ma *quando tenuti secondo le regole volute* (*C. comm. **21*** e segg.) possono autorizzare il giudice a deferire d'ufficio il giuramento all'una o dall'altra parte (*C. **1328***); *b*) le copie anzidette quando fatte *da meno di trent'anni* dànno un semplice indizio (*C. **1338***), e così la circostanza del tempo influisce sulla loro efficacia giuridica; *c*) ha pure tale efficacia la confessione fatta ad un terzo, dubitandosi della certezza e della serietà con la quale la dichiarazione di volontà ebbe luogo (*C. **1358** al.*).

1. Quando la prova (qualunque sia il mezzo adottato per farla) non sia riescita completa, talchè la domanda o la eccezione non siano pienamente dimostrate, il giudice può deferire il giuramento ad una delle parti per farne dipendere la decisione della causa

(*C. 1374*). Questo giuramento, detto *giuramento deferito d'ufficio*, o *suppletivo*, differisce dal decisorio perchè sua natura è di essere un mezzo di istruzione, affidato alla prudenza del giudice; il decisorio toglie efficacia a qualunque prova: il *suppletivo* è detto così dal supplire che fa alle prove già fatte; perciò il decisorio può essere riferito, mentre il suppletivo deferito ad una parte non può essere da questa riferito all'altra (*C. 1376*), dovendo completare le prove date dalla parte cui è deferito. Ma quanto allo *scopo* il giuramento suppletivo è pareggiato al decisorio, e perciò, prestato che sia, non si può essere ammessi a provarne la falsità, giacchè da esso *dipende la decisione della causa:* il che altrimenti non avverrebbe (*C. 1374*). Il giudice può deferirlo *solo* quando concorrano i seguenti estremi: *a*) che la domanda o la eccezione non siano intieramente provate, ma *b*) che le medesime non siano totalmente mancanti di prova (*C. 1375*): ciò onde impedire che l'arbitrio del magistrato possa violare il criterio direttivo sull'onere della prova.

2. Il giudice può deferire il giuramento allo scopo di determinare nella condanna la quantità dovuta (*C. 1374* in-f.), e per il fine così ristretto il giuramento *estimatorio* differisce dal suppletivo: il quale scopo e la importanza limitata che ha, dànno il motivo delle altre due differenze: il doversi questo giuramento deferire all'*attore*, e solo *quando sia impossibile provare altrimenti il valore della cosa,* talchè non esige la necessità di un principio di prova (cfr. *C. 1375*). Tuttavia, se la necessità di determinare una quantità, conseguentemente alla condanna, autorizzano il giudice a tanto, l'attore, per l'interesse che ha, potrebbe esagerare sia scientemente, sia in buona fede: perciò l'obbligo del giudice di determinare la somma sino alla concorrente quantità della quale si potrà prestar fede all'attore in conseguenza del suo giuramento (*C. 1377*).

§ 101. — *I mezzi di prova in rapporto ai terzi.*

Si hanno mezzi di prova che, per natura loro, offrono tale garanzia di verità, di certezza, da estendere anche ai terzi la efficacia probatoria: questi sono l'atto pubblico (§ 93), e la scrittura privata quando contenga gli estremi voluti (§ 94), e non sia contro-dichia-

razione al contenuto dell'atto pubblico (§ 93). È da intendersi questa efficacia solo in ordine alla *prova* del contenuto dell'atto o della scrittura.

§ 102. — *La prova in relazione ai diversi negozii giuridici.*

Non ogni negozio giuridico può essere dimostrato con qualunque dei mezzi di prova ora enunciati: ve n'ha alcuni, per i quali la *prova* del consenso non può essere data altrimenti che per mezzo di scrittura (*atto pubblico* o *scrittura privata*); essi sono indicati tassativamente dalla legge. Son da notare fra gli altri: 1. le convenzioni che trasferiscono proprietà di immobili o di altri beni o diritti capaci d'ipoteca, salvo le disposizioni relative alle rendite sopra lo Stato; 2. le convenzioni che costituiscono o modificano servitù prediali, o diritti di uso, o di abitazione, o trasferiscono l'esercizio del diritto di usufrutto; 3. gli atti di rinuncia ai diritti sovra enunciati; 4. i contratti di locazione d'immobili per un tempo eccedente i nove anni; 5. i contratti di società che hanno per oggetto il godimento di beni immobili, quando la durata della società è indeterminata od eccede i nove anni; 6. gli atti che costituiscono rendite sì perpetue come vitalizie; 7. le transazioni; 8. altri atti specialmente indicati (p. es., ***C. 354, 376, 917, 944, 955, 1045, 1056, 1057, 1058, 1252, 1260, 1269, 1341, 1382,*** ecc.) dalla legge (***C. 1314***).

Motivo della disposizione è l'importanza che ha l'oggetto dei negozii giuridici descritti, e cioè il trasferimento della proprietà immobiliare, o la concessione di un godimento che, per la durata stabilita, pare debba menomare il diritto stesso del concedente, oppure l'assunzione di obblighi ben gravi: gli *atti tutti di disposizione,* o *quelli che per il loro contenuto vi sono agguagliati dalla legge,* son compresi nella eccezione. Non solo: chè il rapporto fra questa e l'istituto della trascrizione (cfr. la locuz. dell'a. 1932) dimostra come essendo pressochè tutti tali atti soggetti a siffatta formalità per la loro efficacia verso i terzi, si volle, per averne certezza fra le parti, ordinarne la prova scritta. La eccezione si estende solo alle ipotesi contemplate: non vi sono perciò compresi gli atti dichiarativi di proprietà.

La legge statuì come garanzia per la stretta osservanza della eccezione, la *nullità* dei negozii non constatati da atto pubblico o scrittura privata: in mancanza di tali mezzi di prova l'atto non può essere altrimenti dimostrato (*C.* ***1314***): p. es., il giuramento non è deferibile a tale scopo (*C.* ***1364*** *al.*). La disposizione non è in armonia con la storia, e con altre norme che la legge ha (p. es., *C.* ***1932,*** 8°): ma la sua locuzione ed i motivi addotti a legittimarla, dimostrano che la scrittura ha qui gli stessi effetti come se fosse *elemento essenziale* degli atti enunciati.

Si hanno poi i fatti relativi allo *stato civile* che vanno provati con la forma appositamente voluta.

§ 103. — *Sentenza. Cosa giudicata.*

Savigny, §§ 280-301; Windscheid, §§ 129-132; Vangerow, §§ 172-173; Brinz, §§ 96-99; Dernburg, *Pand.*, I, §§ 162 e segg.; Arndts-Serafini, § 116; Förster, I, §§ 55-56; Dernburg, I, §§ 134-138; Siebenhaar, § 95; Aubry et Rau, § 769; Laurent, XX, 1-154; Chironi, op. cit., II, 554-557.

Cod. civ. it., a. 1350, 3°, 1351; C. c. fr., a. 1350, 3°, 1351; C. c. neerl., a. 1953, 3°, 1957; C. c. port., a. 2502-2505; C. c. dell'Urug., a. 1562, 3°.

Colla sola guida dei fatti provati, e della legge, il giudice decide della domanda e dell'eccezione: la sua decisione toglie nome di *sentenza,* il cui scopo è l'*affermazione* (determinazione) del diritto: e perchè questa è fatta dall'autorità competente, la parte a cui favore la dichiarazione avviene può, per la natura medesima del diritto, chiedere l'intervento dello Stato a che essa abbia efficacia. La decisione è contenuta nel *dispositivo* della sentenza: ma, per la correlazione necessaria fra la motivazione e la decisione, quante volte il dispositivo fosse oscuro, la motivazione, dalla quale esso strettamente dipende, varrà a chiarirlo; si ha dunque a badare alla motivazione in quanto concorre a costruire il processo logico della decisione, e perciò le enunciazioni a questa estranee non meritano verun peso.

Gli effetti che la sentenza produce sono due: *a*) aprire la procedura di esecuzione, perchè costituisce un titolo esecutivo (*C. p. c.* ***554***), ove è affermato un diritto dianzi controverso; e l'obbligo ad adempierne il contenuto, sia specificatamente, sia coll'*id quod interest;* *b*) quando non sia più impugnabile con *veruno dei mezzi conceduti*

dalla legge di procedura (***C. p. c. 465-552***), ha autorità di ***cosa giudicata,*** che è « la determinazione *assoluta* del diritto », a modo da rendere impossibile la rinnovazione avanti il giudice d'una controversia sullo ***stesso fatto giuridico*** già deciso, o sulla stessa questione incidentale già risoluta. Anche una sentenza *interlocutoria* (non solo la definitiva) ottiene autorità di cosa giudicata rispetto alla questione, all'incombente che ha risoluto.

L'autorità della cosa giudicata che si spiega a vantaggio dell'attore in caso di condanna, e del convenuto in caso di assoluzione, è motivata da considerazione gravissima di pubblico interesse, perchè altrimenti col rinnovarsi delle liti sullo stesso fatto giuridico deciso, mancherebbe al diritto ogni sicurtà e certezza: onde la *presunzione* (concetto inesatto) di verità che la legge riconosce alla cosa giudicata (***C. 1350,*** 3°), non impugnabile con la prova contraria (***C. 1353***). Estremo necessario perchè la *cosa giudicata* sia opponibile, è « *la identità del fatto giuridico già deciso* », formola che contiene i tre estremi della identità della cosa domandata, della causa, e delle parti (***C. 1351***), ed enuncia con tutta esattezza la efficacia della cosa giudicata: questa si estende solo a quanto ha formato *oggetto della sentenza* (***C. 1351*** pr.).

Dicendo che la efficacia della cosa giudicata si estende alle persone che furono *parti* del giudizio già deciso, e che nella stessa qualità agiscono nel nuovo giudizio (***C. 1351*** f.), s'intendono anche i successori a titolo universale delle parti e quelli a titolo particolare: ai quali dà vantaggio quando acquistino sulla cosa un diritto ch'è stabilito o ravvalorato dalla sentenza, ed è opponibile quando con questa sia incompatibile il diritto trasmesso.

Potrebbe avvenire che non conoscendo la sentenza precedente passata in giudicato, il magistrato adito nuovamente per il medesimo fatto decida contrariamente a quanto era stato deciso: come garanzia pel rispetto alla cosa giudicata, la legge ammette la rivocazione della sentenza posteriore, salvo che questa avesse pronunciato sulla eccezione di cosa giudicata (***C. p. c. 494,*** 5°).

A. La sentenza irrevocabile resa in giudizio penale impedisce l'esercizio dell'azione civile nel solo caso ch'escluda l'esistenza del fatto o dichiari l'innocenza dell'imputato per non esserne l'autore o non avervi partecipato (***C. p. p. 6***): in ogni altro caso, la indi-

pendenza delle due giurisdizioni impedisce la influenza della cosa giudicata penale nel giudizio civile.

§ 104. — *Della restituzione in intiero.*

Questo rimedio suggerito dalla equità contro le conseguenze dello stretto diritto, oggi non ha più applicazione: ma se la efficacia come istituto speciale le è tolta, esso ha influito sulle disposizioni concernenti le azioni di nullità e di rescissione, sulle norme relative alla sospensione della prescrizione (§ 107), e sulle disposizioni che la legge di procedura ha in ordine alla revocazione delle sentenze, anche se passate in istato di cosa giudicata (*C. p. c.* ***495***, comb. ***494***).

CAPITOLO VIII.

La fine del diritto e dell'azione.

§ 105. — *Generalità. Della prescrizione.*

Savigny, §§ 237-252; Windscheid, §§ 105-112; Vangerow, §§ 146-152; Brinz, §§ 112-114; Dernburg, *Pand.*, I, §§ 144-150; Arndts-Serafini, §§ 106-111; Unger, § 119; Förster, § 57; Dernburg, I, §§ 157 e segg.; Siebenhaar, §§ 86-92; Aubry et Rau, §§ 770-776; Laurent, XXXII, 367-520; Troplong, *Comment. du titre de la prescription* (ed. 1857).

Cod. civ. it., art. 2105-2114; 2119-2136; 2138-2145; C. c. fr., a. 2219-2227, 2242-2263; 2271-2278; C. c. austr., §§ 1451, 1454, 1456, 1478 e segg.; C. c. sass., §§ 150 e segg.; C. c. neerl., a. 1983-1989; 2004-2029 e segg.; C. c. port., a. 505-516; 548-563; C. c. della Rep. Arg., a. 3947-3998; 4017-4043; C. c. mess., a. 1165-1186; 1200-1244; C. c. dell'Ur., a. 1149-1164; 1176-1205; C. c. del Guatem., a. 629-645; 657-689; C. c. del Chilì, a. 2492-2497; 2514-2524.

La *fine* del diritto è realmente tale (*obbiettivamente*), quando per l'esercizio avvenutone con atto unico, o con più atti successivi sia *consumato*; o quando per fatti dipendenti od anche indipendenti dalla volontà del soggetto cui apparteneva, ne sia perito l'oggetto: o quando il soggetto ne abbia fatto l'abbandono, oppure altri ne abbia fatto acquisto per fatto proprio indipendentemente dalla volontà del soggetto anteriore, o l'acquisto sia risoluto o rescisso;

ha luogo poi solo *relativamente* alla persona cui apparteneva (*soggettivamente*), quando la perdita per questa risponda all'acquisto fattone da altri (successori a titolo universale o particolare). Di questi modi, sarà detto qui della *prescrizione* (*estintiva*), rinviando la trattazione degli altri alle parti speciali cui si connettono.

1. La *prescrizione estintiva* è il mezzo col quale mercè il *decorso del tempo* e la *inazione del soggetto del diritto* è estinta l'azione, e perciò il diritto che ne era difeso (*C.* ***2105***); fondamento dell'istituto è la necessità (di ordine pubblico), che i rapporti giuridici non siano resi perpetuamente incerti, come avverrebbe se le azioni non fossero temporarie: e considerazione speciale ai diritti di obbligazione è, che, se la inazione del creditore non dovesse col tempo condurre a cotesti risultati, rimarrebbe gravemente offesa la posizione del debitore, al quale potrebbe esser fatta difficile, ed anche impossibile, la prova delle eccezioni (p. es., il fatto pagamento). Prescrizione dell' azione vale pure prescrizione del diritto che ne è la causa; ne è possibile distinguere la *decadenza* dalla *prescrizione*, quasichè in quella siano estinti l'azione ed il diritto ed in questa l'azione soltanto, perchè l'azione rivela necessariamente il diritto il quale senza essa non è concepibile (*arg. C.* ***2147***). Tuttavia, è necessario porre di accordo la facoltà di esercitare o no il diritto dipendente dal potere di disposizione che il soggetto ha sul medesimo, colle conseguenze della inazione, le quali non debbono essere spinte a tale da rimanerne quella facoltà disconosciuta: onde il criterio, che la prescrizione estintiva agisce quando la perdita del diritto del soggetto anteriore dia luogo alla nascita del diritto in altri: in mancanza di tale attrito, risoluto con la perdita susseguente dalla inazione, questa non sarebbe che il risultato delle facoltà contenute nel diritto. E però il non esercizio del diritto di proprietà non ne induce la fine, se non vi ha la posizione contraddittoria alla inazione, in chi lo acquisti col lungo possesso (*prescrizione acquisitiva*): ciò non esclude il concetto giuridico dell'*abbandono*, che non abbisogna di decorso di tempo, ma esso è istituto ben diverso. Se fosse altrimenti, si avrebbe un risultato contrario allo scopo della prescrizione, che è la *certezza* dei rapporti giuridici.

2. Dal fondamento della prescrizione si deduce che non vi si può *rinunciare* se non quando sia compiuta: il patto contrario urterebbe

contro l'ordine pubblico, e in certi casi troppo facile riescirebbe eludere la legge introducendo negli atti la clausola di rinuncia ad opporre la prescrizione; a meno che l'atto non includesse *riconoscimento* del diritto contro il quale la prescrizione avesse cominciato a decorrere. Compiuta questa, la rinuncia può esser fatta validamente come quella che ha per oggetto un *diritto* entrato nel patrimonio: nè è mestieri sia fatta *espressamente* (*rin. espressa*), potendo anche risultare da un fatto incompatibile con la volontà di valersi della prescrizione (*rin. tacita, C.* ***2111***): perchè sulla volontà tacita non cada equivoco, è vietato al giudice di supplire d'ufficio alla prescrizione non opposta (*C.* ***2109***). La rinuncia fa che per essa vada perduto un vantaggio patrimoniale già acquistato; perciò chi non può alienare, non ha capacità a farla (*C.* ***2108***).

§ 106. — *Del tempo necessario a prescrivere.*

V. fonti cit. nel § preced.

La prescrizione dell'azione, sì reale che personale, si compie col decorso di trent' anni, computati dal giorno nel quale l'azione è nata: perciò nei diritti reali la prescrizione dell'azione ha luogo dal giorno nel quale è avvenuta la violazione del diritto, e nei diritti di obbligazione dal giorno nel quale il diritto è diventato esigibile. All'infuori dei requisiti del tempo e della inazione tenuta durante il suo decorso, non ve n'ha altro necessario, e la mancanza della buona fede è condizione espressamente esclusa (*C.* ***2135***).

Oltre quella di trent'anni (la pr. decennale di buona fede è solo acquisitiva), vi hanno prescrizioni che si compiono in più breve termine, ed introdotte, *a*) per impedire, nell'interesse del debitore, che l'accumularsi di più annualità dovute, lo ponga nella impossibilità di pagare; oppure, *b*) perchè delle cose mobili delle quali avvengono rapidamente gli scambii, non sia per molto tempo incerta la proprietà; oppure, *c*) perchè sia bandita eguale incertezza derivante da istituti inerenti ad atti transmissivi di immobili; oppure *d*) per togliere tale incertezza derivante dall'annullabilità dei negozii giuridici; oppure *e)* perchè l'indole del debito, ed a volte la poca entità sua, fa presumere che il pagamento ne sia stato effettuato (*pr. presuntiva).*

1. Al primo caso *a)* attiene (*C.* ***2144***) la prescrizione delle annualità delle rendite perpetue e vitalizie, delle pensioni alimentarie, delle pigioni delle case e fitti di beni rustici, degl'interessi delle somme scadute, dipendano da contratto o da sentenza (la ragione della legge è uguale); e generalmente di tutto ciò che è pagabile ad anno ed a termini periodici più brevi (*C.* ***2144***); tale prescrizione, concernente le sole prestazioni aventi carattere *periodico* ed *accessorio*, ha luogo col decorso di cinque anni dal giorno in cui esse son diventate esigibili (v. questo § in pr.). Al secondo *b*) appartiene la prescrizione dell'azione appartenente al proprietario della cosa mobile smarrita o rubata (*C.* ***708***, ***709***, ***2146***). Al terzo *c*) appartengono le prescrizioni ricordate in istituti speciali (*C.* ***1518***, ***1531***, ecc.); al quarto *d*) la prescrizione relativa alle azioni di annullabilità degli atti (l'inesistenza cessa solo colla prescrizione di trent'anni, *C.* ***1300*** e segg.). Al quinto *e*) appartengono le prescrizioni speciali, che, per la presunzione sulla quale si fondano, dànno alla persona, cui sono opposte, il diritto di deferire il giuramento onde accertare la estinzione del debito (*C.* ***2142***): tali sono le prescrizioni: 1. di *sei mesi* (azioni degli osti e locandieri per le vivande che somministrano; *C.* ***2138***); 2. di *un anno* (azioni dei professori, maestri e ripetitori di scienze, lettere ed arti, per le lezioni che si dànno a giorni od a mesi: degli uscieri per la mercede degli atti che notificano o delle commissioni che eseguiscono: dei commercianti per il prezzo delle merci vendute a persone che non ne fanno commercio: di coloro che tengono convitto o case di educazione ed istruzione di ogni specie, per il prezzo della pensione ed istruzione dei loro convittori, allievi ed apprendenti: dei domestici, degli operai e giornalieri per il pagamento dei salari, delle somministrazioni a loro giornate di lavoro: *C.* ***2139***); 3. di *tre anni* (azioni dei professori, maestri e ripetitori di scienze, lettere ed arti, stipendiati più a lungo di un mese; dei medici, chirurghi e speziali per le loro visite, operazioni e medicinali; degli avvocati, procuratori alle liti ed altri patrocinatori per il pagamento delle loro spese e dei loro onorari dovuti in occasione di affari terminati o di rivocazione di mandato; i tre anni si computano, giusta il criterio esposto, dal fine della lite avvenuta per decisione o conciliazione delle parti, o della rivocazione

del mandato; dei notai per il pagamento delle spese e degli onorarii, ed il termine si computa dalla data dell' atto; degli ingegneri, architetti, misuratori e ragionieri pel pagamento dei loro onorarii, *C.* ***2140***), ed il termine si computa dal compimento dei lavori; 4. di *cinque anni* (azioni degli avvocati, procuratori alle liti ed altri patrocinatori per il pagamento delle loro spese e dei loro onorarii, se l'affare non è terminato: prescrizione più lunga dell'altra, (v. n. 3), presumendosi che essendo la lite in corso, l'inazione del patrocinatore dipenda da riguardo verso il cliente, e che in vista della trattazione della lite non siano regolate le partite concernenti le anticipazioni fatte dal cliente e le spese pagate dal patrocinatore (*C.* ***2140***, al. 3 in-f.); liberazione dei cancellieri, avvocati e procuratori alle liti ed altri patrocinatori dall'obbligo di render conto delle carte relative alle liti, cinque anni dopo che le medesime furono decise od altrimenti terminate: e degli uscieri, dopo due anni dalla consegna degli atti. In questi due casi il giuramento può essere deferito, perchè le persone opponenti la prescrizione dichiarino se ritengano o *sappiano* dove si trovano gli atti e le carte (*C.* ***2143***).

2. Una prescrizione speciale concerne l'azione contro l'architetto od imprenditore a causa della responsabilità nascente dalla rovina dell'edificio od altra opera notevole, o dal pericolo di rovinare che queste opere presentino: essa ha luogo dopo il decorso di *due* anni dal giorno in cui si è verificato uno dei fatti enunciati (*C.* ***1639***); la brevità del termine ha causa nella responsabilità ordinata come eccezione alla regola sul quando cessano le obbligazioni dei locatori d'opera.

§ 107. — *Sospensione ed interruzione della prescrizione.*

V. fonti cit. nel § 105.

La inazione del creditore può a volta dipendere da cause che renderebbero ingiusto l'avverarsi della prescrizione che ne fosse conseguenza, e però se non cominciata la impediscono, e se cominciata la sospendono: e può anche avvenire che la persona contro la quale è cominciata, faccia durante il suo decorso un atto contrario alla inazione, e allora cessa uno degli estremi della prescrizione, che ne rimane interrotta. Nell'un caso si ha la *sospensione*, nell'altro la

interruzione della prescrizione: e, conformemente alla loro diversa ragion di essere, l'una è efficace finchè ne dura la causa, e questa rimossa la prescrizione può cominciare, o se cominciata riprende vigore, talchè il tempo già decorso va computato: l'altra toglie ogni effetto alla prescrizione già cominciata, sebbene non impedisca che possa decorrere di nuovo.

1. Le cause di sospensione sono indicate tassativamente dalla legge, cosicchè sarebbe erroneo formulare un principio generale come il *contra non valentem agere non currit praescriptio*, o ridurre questo almeno ai casi nei quali si abbia un impedimento legale ad agire. Le cause di sospensione hanno il loro fondamento; *a*) in una relazione speciale contro la cui essenza urterebbe l'ammettere la prescrizione: così il rapporto di famiglia impedisce che la prescrizione corra fra coniugi, fra la persona a cui spetta la patria potestà e quella che vi è sottoposta: il rapporto di amministrazione impedisce la prescrizione fra il minore o l'interdetto od il suo tutore *fino a che non sia cessata la tutela, e ne sia reso definitivamente ed approvato il conto:* fra il minore emancipato, il maggiore inabilitato ed il curatore: fra l'erede e l'eredità accettata col beneficio d'inventario, ed in generale fra le persone che per legge sono sottoposte all'amministrazione altrui, e quelle a cui l'amministrazione è commessa (*C. 2119*); *b*) nella *incapacità* di agire: perciò la prescrizione non corre contro il minore non emancipato e gli interdetti per infermità di mente (i minori emancipati e gl'inabilitati hanno la semplice amministrazione); *c*) nella *impossibilità* ad agire, e però la prescrizione non corre contro i militari in *servizio attivo in tempo di guerra,* ancorchè non assenti dal regno; *d*) nella protezione accordata alla donna maritata pei diritti che riavrà sulla cosa avuta in dote e gli altri che le spetteranno in base alle convenzioni matrimoniali: perciò non corre prescrizione riguardo al fondo dotale *proprio della moglie,* ed al fondo specialmente ipotecato per la dote e per la esecuzione delle convenzioni matrimoniali: il legislatore volle provvedere al bisogno di conciliare gli interessi della donna con la conservazione della pace domestica (che potrebbe essere turbata quando la donna agisse senza o contro la volontà del marito) e con l'amministrazione della dote affidata al marito. Anche il favore verso la causa dotale, finchè dura il matrimonio, è motivo della protezione accor-

data, e non vi ha eccezione per il caso che il contratto matrimoniale consenta l'alienazione della dote, o di separazione della dote dai beni del marito; *e*) finalmente, nella impossibilità che la prescrizione decorra se l'azione non è nata (se fosse nata, ma al suo spiegarsi ostasse una eccezione, questa non formerebbe ostacolo); per il che non corre prescrizione riguardo ai diritti condizionali sino a che la condizione non siasi verificata: alle azioni in garanzia, finchè non abbia avuto luogo la evizione, e ad ogni altra azione il cui esercizio sia sospeso da un termine, fino a che il termine non sia scaduto (*C. 2120*).

2. Le prescrizioni a breve termine (dai 6 mesi ai 5 anni) corrono eziandio contro i militari in servizio attivo in tempo di guerra, e contro i minori non emancipati e gl' interdetti, salvo il loro regresso verso il tutore (*C. 2145*); disposizione voluta dalle cause speciali per le quali queste prescrizioni furono introdotte.

3. La interruzione (*C. 2124*) avviene *naturalmente* (interruzione *naturale*) rispetto ai diritti reali, col cessare del non uso che ha dato luogo alla prescrizione (p. es. nelle servitù). Avviene poi *civilmente* (interruzione *civile*), sia reale o personale il diritto cadente in prescrizione, con un atto che dimostri la volontà di valersi di cotesto diritto; hanno tali caratteri: *a*) una domanda (in senso lato) giudiziale, un precetto od atto di sequestro, intimati alla persona cui si vuole impedire il corso della prescrizione; *b*) qualunque altro atto che costituisca il debitore in mora di adempiere la obbligazione; *c*) la chiamata o la presentazione volontaria per la conciliazione, quando la domanda giudiziale sia fatta nel corso di due mesi dalla non comparsa avanti il conciliatore o dalla non seguente conciliazione; chè altrimenti, per il seguìto ritardo, i due primi fatti non potrebbero avere ragionevolmente il significato che dà luogo all'interruzione (*C. 2125*); *d*) il riconoscimento che il debitore capace abbia fatto del diritto della persona contro la quale la prescrizione fosse cominciata (*C. 2129*). L'effetto della intimazione o citazione sta anche se fatte davanti un giudice incompetente (*C. 2125*), perchè la volontà dell'instante è sempre manifestata sufficientemente: cessa quando questi atti non avessero in sè le ragioni di propria esistenza, e perciò se fossero fatti da ufficiale incompetente, o fossero nulli di forma; come pure, se validi da principio

non avessero poi efficacia giuridica, sia perchè respinti, oppure se l'attore recedesse dalla domanda, o la lasciasse perimere (*C. 2128*).

4. Nelle prescrizioni a breve termine concernenti somministrazioni, servizi o lavori, il continuare di questi fatti non interrompe la prescrizione, stando da sè ogni somministrazione, servizio o lavoro; per togliere ogni incertezza ed impedire il moltiplicarsi delle liti, la legge volle che vi fosse *interruzione* solo intervenendo un riconoscimento del debito per iscritto, o una domanda giudiziale non perenta (*C. 2141*).

Gli effetti della interruzione si estendono solo all'oggetto dell'atto che la produsse, ed a quanto ne è accessorio; ond'è, che la iscrizione e la rinnovazione dell'ipoteca non interrompono la prescrizione di essa, perchè l'esistenza sua dipende dal credito, la cui prescrizione trae seco necessariamente quella dell'ipoteca (*C. 2127*). Invece, la domanda del capitale interrompe anche quella degli interessi: e la domanda di questi interrompe quella del capitale, perchè in quella è ben dimostrata la volontà di esercitare interamente il diritto. Questi effetti nella interruzione naturale hanno luogo verso tutti, e nella civile (per la natura dell'atto) solo contro la persona rispetto alla quale vennero posti in essere.

§ 108. — *Efficacia della prescrizione.*

V. fonti cit. nel § preced.

La prescrizione estingue il diritto (in tema di dir. d'obbligazione è in questo senso che si dice potersi prescrivere contro il proprio titolo, *C. 2118* al.); ed opera *ipso iure,* sia che si badi allo scopo suo di togliere la incertezza dei rapporti giuridici, sia alle norme sulla rinuncia e sulla capacità necessaria a farla. Estinto in forza della prescrizione un diritto di obbligazione, lascia tuttavia una obbligazione *naturale,* ed il pagamento che venisse posteriormente fatto dal debitore così liberato, impedisce, se fatto *volontariamente* e *scientemente,* la ripetizione del pagato (*C. 1237*). Possono opporla tutte le persone interessate, e perciò anche i creditori quando il debitore vi rinunzi (*C. 2112*), ed anche se vi ha rinunziato (arg. *C. 1235*, al. 1° in f.); lo Stato per i beni patrimoniali, e tutti i corpi morali sono soggetti alla prescrizione e possono pure opporla, come privati (*C. 2114*). La restrizione fatta per lo Stato ai *beni*

patrimoniali dipende dall'essere quelli di *uso pubblico* fuori di commercio, e per le cose che hanno questo carattere la prescrizione non può aver luogo (*C. 2115*).

Il fondamento della prescrizione fa sì, che la si possa opporre anche in appello; a meno che non vi sia stata rinuncia da parte di chi aveva diritto ad opporla (*C. 2110*).

1. La prescrizione estingue solo il *diritto* che ne è oggetto, e che gli è necessariamente unito: la prescrizione del capitale ha luogo perciò anche sugli interessi. Nelle rendite, od in qualunque prestazione annua, la prescrizione può correre non solo per la prestazione, ma anche per l'intero diritto; tant'è, che la legge a guarentire il creditore di una rendita, o di una prestazione annua che dovesse durare più di trent'anni, volle che il debitore debba, a di lui richiesta, somministrargli a proprie spese un documento nuovo dopo vent'otto anni dalla data dell'ultimo (*C. 2136*): diversamente, al creditore riescirebbe difficilissimo il provare come abbia esercitato il suo diritto, per essere la quietanza in potere del debitore.

2. Prescritta l'azione, il suo contenuto può tuttavia valere come eccezione: « *quae temporalia ad agendum, perpetua ad excipiendum* »; questo principio non risponde al fondamento della prescrizione, e però è mestieri restringerlo ai soli casi nei quali è ammesso dalla legge: e cioè alle azioni di nullità e di rescissione (*C. 1302*).

§ 109. — *Prescrizione delle eccezioni.*

V. fonti cit. nel § 91.

La eccezione si prescrive come l'azione; e, come per questa, la prescrizione decorre solo dal giorno in cui nasce: ossia, dal giorno nel quale è intentata l'azione ch'essa deve respingere.

§ 110. — *La prescrizione rispetto ai terzi.*

Gli effetti della prescrizione stanno non solo nei rapporti con la persona contro la quale è decorsa, ma contro tutti; tuttavia, allo scopo di guarentire, rendendoli certi, i diritti dei terzi possessori di un immobile o di un diritto reale sopra un immobile, è stata a lor

favore introdotta una eccezione della quale si dirà nel trattato sulla prescrizione acquisitiva. E venne pure protetto il diritto che fosse sospeso da termine o prescrizione, perchè essendo impedito il cominciare della prescrizione, nessun atto interruttivo si potrebbe fare contro il concedente; ma un terzo potrebbe incominciare a prescrivere, e perciò, malgrado la sospensione anzidetta, si è attribuito all'avente il diritto il potere di interrompere la prescrizione con domanda contro il terzo, all'oggetto di far dichiarare la sussistenza del diritto suo (*C.* ***2126***).

§ 111. — *Estinzione dell'azione indipendentemente dal diritto. Concorso delle azioni.*

SAVIGNY, §§ 231-236; WINDSCHEID, § 121; VANGEROW, § 153; ARNDTS-SERAFINI, § 105.

Vi ha *concorso di azioni* quando dallo *stesso fatto giuridico*, o da *fatti giuridici strettissimamente collegati* nascono più azioni colle quali si tende al medesimo fine: allora, l'esercizio dell'una influisce sulla esistenza dell'altra, estinguendola, ed i limiti di tale influenza sono dati dalla estensione del fine (identico) che è conseguito coll'azione fatta valere; o lo si è ottenuto per intero, o no, e in quest'ultimo caso l'altra azione va esercitata per quel tanto che non s'è avuto. Così, se il danneggiante fosse assicurato contro le conseguenze del fatto illecito, il danneggiato, che agisce contro l'assicuratore e non fosse risarcito del tutto, potrà chiedere il residuo all'agente: non così se avesse ottenuto la indennità intera: *bona fides non patitur ut bis idem exigatur*.

Se le due azioni, abbenchè sorgenti dal medesimo fatto, non avessero identico scopo, mancherebbe il concorso, potendosi con ciascheduna toccare il fine speciale ad essa: a meno che il fine ottenuto con l'una non fosse tale da escludere necessariamente l'altra. Così, nell'istituto della condizione risolutiva tacita, l'agire per l'adempimento non impedisce che poi si chieda lo scioglimento del rapporto, ma l'aver già domandato questo, impedisce la posteriore instanza per l'adempimento (*C.* ***1065***).

PARTE SPECIALE.

SEZIONE PRIMA.

Dei diritti reali.

CAPO I.

Generalità.

§ 112. — *Concetto ed enumerazione dei diritti reali.*

V. fonti cit. nel § 21.

Il diritto *reale* ha la sua entità nel rapporto diretto fra la persona e la cosa che le è immediatamente sottoposta (v. il § 21), o che contenuto del rapporto, sia *a*) la *disposizione* ed il *godimento* della cosa, oppure *b*) il *godimento* soltanto, oppure *c*) una *garanzia* che la cosa fornisce ad un credito; nei primi due casi il rapporto concerne determinatamente ed esclusivamente la *cosa*, nell'ultimo il valore di essa, perchè il diritto si risolve nell'avere la somma che è oggetto del credito.

La pienezza del rapporto si ha quando il suo contenuto è dato dalla disposizione e dal godimento della cosa, intesi nel senso più assoluto, attalchè il soggetto del diritto possa disporne ed usarne come gli talenta: tale è la *proprietà;* si hanno poi diritti che coesistono con essa sulla medesima cosa, che anzi senza di essa non potrebbero sorgere, e così, senza smembrarla, ne sono un *peso.* Di questo *onere sulla proprietà della cosa* si ha la disposizione, ma limitata, perchè può essere fatta valere solo nel disporre della cosa cui è dovuto l'onere, e disporre di questo separatamente, per sè, è giuridicamente impossibile (*servitù reali*); talvolta poi, di siffatto

onere non si può *disporre* in modo alcuno, e solo in qualche caso può esserne ceduto l'esercizio (*s. personali: usufrutto*), cosicchè, rimanendo sempre il rapporto reale fra la persona e la cosa, pure manca il potere di disposizione nel senso assoluto della parola. Finalmente, il contenuto dell'onere può essere la *garanzia* di un credito, e chi lo ha può disporre del diritto in sè, anche indipendentemente dal credito per il quale ebbe vita (cessione d'ipoteca: suppegno); eccezion fatta per il *diritto di ritenzione*, invocabile solo nei casi espressamente preveduti dalla legge, per il quale si ha il diritto di ritener la cosa sinchè non sia effettuato il pagamento delle somme spese in vantaggio della cosa stessa. In questi casi il diritto colpisce la cosa ed è invocabile contro chiunque; ma per il rapporto strettissimo che li lega ad un credito, valgono come *guarentigie per la esecuzione delle obbligazioni.*

§ 113. — *Acquisto, perdita ed esercizio dei diritti reali.*

V. fonti cit. nel § 54.

1. Le nozioni generali sull'acquisto dei diritti dànno interamente i principii sull'acquisto dei diritti reali; solo è da aggiungere, che non esiste nella legge civile odierna accenno a concorso di *titolo* e *modo di acquisto*, e se da qualche parte di essa (per es. *C. 707, 1126, 2137*) pare dimostrato il contrario, ciò è solo in apparenza; perchè la *consegna* (tradizione) determina la efficacia dell'acquisto di una cosa mobile di fronte ai terzi (*C. 1126*), ed il *titolo* è elemento necessario affinchè abbia luogo l'acquisto mediante possesso (*C. 707, 2137*) di b. fede.

2. Il concetto della *perdita* di un diritto reale è in relazione con l'altro dell'*acquisto;* infatti, quella avviene quando, per un avvenimento che ne abbia efficacia, ne sia resa impossibile la *conservazione:* ossia, vi ha perdita del diritto, allorchè è posto in essere un fatto che gli toglie la esistenza. I criteri generali dati sulla materia (§ 54) spiegano cosa sia e quando si abbia la *perdita* dei diritti reali: tuttavia, l'entità delle cose che ne sono oggetto, può determinare altri modi speciali di loro estinzione (per esempio per gli animali mansuefatti, arg. *C. 462*: la distruzione della cosa, *C. 662, 2029*, 2°, ecc.). Avviene che il di-

ritto perduto rivive (*riacquisto*), *a*) quando avvenuta la perdita della cosa, questa sia ristabilita in modo da poter servire all'uso ch'era il contenuto del diritto, a meno che il decorso del tempo non abbia resa assoluta la estinzione (*C. 663*); *b*) quando l'atto col quale avvenne il trasferimento del diritto che dà luogo alla estinzione (p. es., confusione) sia stato annullato; *c*) quando dipendente da condizione sospensiva, questa non si sia avverata, o da condizione risolutiva che abbia avuto esistenza; *d*) quando la traslazione del diritto sia fatta per un dato termine, oppure dopo un certo termine debba essere trasferito in altri.

α Nei primi tre casi (*a*, *b*, e *c*) il diritto rimane come se la perdita non avesse mai avuto luogo: nel secondo e nel terzo, la cosa, avvenuta la *revoca* dell'atto, deve ritornare al soggetto anteriore del diritto libera da qualunque peso che nell'intervallo fosse stato costituito su essa (revocazione *ex tunc*): ma questa regola soffre molte limitazioni statuite nell'interesse dei terzi (revocazione *ex nunc, C. 1072, 1079, 1080, 1088, 1165, 1235, 1308, 1511, 1553, 1787*). Il criterio generale sarebbe che, revocato l'atto per cause esistenti anteriormente al tempo dell'acquisto fatto dal terzo, questi debba sopportarne le conseguenze, mentre ciò non dovrebbe avvenire se la causa della revoca fosse di tempo posteriore, e se il terzo fosse in buona fede. La legge combinando cotesto principio con le garanzie emananti dalla pubblicità, adottò le norme seguenti: 1) la validità dei diritti acquistati dai terzi sulla cosa anteriormente alla trascrizione della domanda di revoca; 2) in qualche caso son validi questi diritti quando il terzo sia in buona fede (*C. 933*): o quando la validità del titolo del suo autore dipende da un'obbligazione alla quale questi deve compiere, avendo egli motivo a credere che vi compirà dal momento che dispone della cosa (per es., *C. 1016, 1511*). Nell'ultimo caso (*d*) i diritti reali accordati nell'intervallo restano validi, perchè il concedente si valse della disposizione spettantegli sulla cosa per quel dato tempo.

A. L'*abbandono* della cosa può talvolta esser fatto allo scopo di liberarsi da una obbligazione contratta a causa della medesima, o da un peso gravante su essa: nei casi in cui tale liberazione è consentita all'*abbandono*, questo avviene a vantaggio di altre persone, le quali, appena sia avvenuto, fanno perciò acquisto del diritto abbandonato (*C. 643, 675* ecc.).

B. Non è da confondere con la perdita, la incertezza sulla designazione fra più individui di colui cui apparterrà il diritto sulla cosa, ove la designazione sia dipendente da un avvenimento che darà modo di decidere se fin da principio il diritto è ritenuto appartenere alla persona designata: quando l'acquisto dovesse aver luogo dal momento nel quale l'avvenimento è posto in essere, si avrebbe per gli altri perdita del diritto causata dall'avvenimento che lo attribuì per intero ad uno solo.

C. Talvolta, perita la cosa sulla quale è stabilito il diritto reale, le vien sostituita la indennità occasionata dalla perdita: tale surrogazione lascia il rapporto immutato (p. es., ***C. 1567, 1951***).

3. Sui poteri competenti a chi esercita il diritto reale, e sulle modificazioni che a cotesto esercizio fossero imposte dalle private disposizioni o dalla legge (p. es. *servitù di acqua*), valgono le norme generali che si daranno in proposito. Il *fatto* dell'esercizio ottiene poi per sè stesso, indipendentemente dal diritto, la tutela della legge: e questo è il concetto sul quale riposa l'istituto giuridico del *possesso*.

§ 114. — *Comunione.*

WINDSCHEID, §§ 168-169; VANGEROW, § 304; BRINZ, § 131; DERNBURG, *Pand.*, §§ 195-197; AUBRY et RAU, § 221; LAURENT, VII, 483-486.
Cod. civ. it., art. 673-684; C. c. fr., a. 815; C. c. austr., §§ 825-849; C. c. sass., §§ 225-226; C. c. port., a. 2175; C. c. della Rep. Arg., a. 2673-2716.

1. Il diritto reale su cosa indivisa appartenente a più individui, in parti uguali o diverse (si presumono uguali sino a prova contraria, ***C. 674***), dà luogo fra questi soggetti allo stato di *comunione:* il diritto di ciascheduno cade su una parte intellettuale della cosa, non sul valore di essa; tant'è, che la riunione dei singoli poteri dà la proprietà della cosa intera. Da questo concetto deriva, 1) che ciaschedun partecipante ha la proprietà precisa della sua quota e dei relativi utili o frutti: egli può liberamente cedere, alienare od ipotecare tale quota, od anche sostituire altri nel godimento di essa, quando non si tratti di diritti personali a lui. Ma l'*effetto* dell'alienazione o della ipoteca si limita a *quella porzione* che verrà a spettare al partecipante nella divisione, perchè compiuta questa, è sulla parte attribuita che si concretizza

il diritto del partecipante, il quale si presume non abbia mai avuto diritto sulla parte degli altri.

2. Ciaschedun partecipante concorre nei *vantaggi* in proporzione della rispettiva quota rappresentante l'oggetto del suo diritto (*C. 674*): perciò, potrà servirsi delle cose comuni, purchè, *a*) le impieghi secondo la loro destinazione fissata dell'uso, *b*) e non se ne serva contro l'interesse della comunione, *c*) od in modo che impedisca agli altri di servirsene secondo il loro diritto (*C. 675*). Ma non potrà fare innovazioni alla cosa comune, ancorchè le pretenda vantaggiose a tutti, quando gli altri non vi acconsentano, perchè la proprietà non appartiene a lui solo (*C. 677*).

3. Nella stessa proporzione il partecipante concorre nei pesi: perciò ha diritto di obbligare gli altri a contribuire alle spese necessarie alla conservazione della cosa comune, salva ad essi la facoltà di liberarsene coll'abbandono dei loro diritti (*C. 676*).

Perchè l'amministrazione ed il godimento della cosa comune possano procedere con regolarità e sicurezza, le deliberazioni della maggioranza dei partecipanti sono obbligatorie anche per la minorità dissenziente: vi ha maggioranza, quando i voti concorrenti alla deliberazione rappresentano la maggiore entità degli interessi costituenti l'oggetto della comunione e qualora non fosse possibile costituirla, oppure le deliberazioni di essa risultassero gravemente pregiudizievoli alla cosa comune, l'autorità giudiziaria può *a*) dare gli opportuni provvedimenti, e *b*) anche nominare all'uopo un amministratore (*C. 678*).

Queste regole possono essere modificate validamente dalla volontà degli interessati (*C. 673*).

4. Ragioni economiche d'interesse generale, ed il contenuto stesso del diritto di proprietà, si oppongono alla durata a perpetuità della comunione: perciò la legge dà diritto al partecipante di domandarne lo scioglimento quando che voglia: e la *divisione* è obbligo dei compartecipanti. Pure, siccome la regola può in casi speciali nuocere all'interesse dei particolari, si volle concedere validità al patto di stare in comunione per un tempo determinato, purchè non maggiore di anni dieci (e riducibile a questo termine se maggiore), lasciando libero all'autorità giudiziaria, concorrendo circostanze *gravi* ed *urgenti* di ordinare lo scioglimento prima del tempo con-

venuto (*C. 681*). Che se le cose coll'essere divise cessassero di servire all'uso cui sono destinate, l'interesse generale e particolare sarebbero danneggiati dallo scioglimento della comunione: il quale perciò, in questo caso non può essere domandato (*C. 683*).

A. La divisione della comunione va fatta secondo le norme che regolano la divisione della eredità (*C. 684*).

B. Una disposizione speciale (*C. 682*) governa il caso in cui essendovi reciprocità di pascoli, un partecipante voglia recedere in tutto od in parte da cotesta comunione. Egli deve un anno prima farne denunzia da notificarsi all'amministrazione comunale e da pubblicarsi nel luogo degli affissi del comune, e alla fine dell'anno perderà, in conseguenza del recesso, il diritto di pascolo sull'altrui fondo in proporzione del terreno che ha sottratto all'uso comune. Qualora sorga controversia decide il tribunale civile; ma, per i motivi dati in ordine alla durata della comunione, la facoltà del recesso non può essere contraddetta, trannechè lo impongano motivi *gravi* ed *evidenti* di utilità generale del comune in cui sono situati i terreni; accolto poi il recesso, il tribunale ne regola il modo e gli effetti, avuto *speciale riguardo* alla qualità e quantità dei terreni sottratti all'uso comune (*C. 682*).

CAPITOLO II.

Del possesso.

§ 115. — *Concetto e gradi.*

WINDSCHEID, §§ 148-156; VANGEROW, §§ 198-208; BRINZ, §§ 135-141; DERNBURG, *Pand.*, I, §§ 169-189; ARNDTS-SERAFINI, §§ 135-143; STOBBE, II, §§ 72-76; FÖRSTER, III, §§ 157-161; DERNBURG, I, 148 e segg.; SIEBENHAAR, §§ 175-184; AUBRY et RAU, §§ 177-183; LAURENT, XXVII, 260-272.

SAVIGNY, *Das Recht d. Besitzes* (7. a. 1865); RANDA, *D. Besitz* (3. a. 1869); ALIPRANDI, *Teoria del possesso* (1861); RUGGIERI, *Il possesso e gli istituti prossimi ad esso* (1880). V. pure CHIRONI, in *Riv. it. p. le sc. g.*, vol. 3 e 5, p. 2, § 1.

C. civ. it., a. 685-709; 2115-2118; C. civ. fr., a. 2228-2240; C. c. austr., §§ 309-352; C. c. sass., §§ 194-216; C. c. neerl., a. 585-603; C. c. port., a. 474-504; C. c. della Rep. Arg., a. 2351-2467; C. c. messic., a. 919-962; C. c. dell'Ur., a. 608-619; C. c. del Guatem., a. 516-541; C. c. del Chilì, a. 700-731.

Il *possesso* è l'esercizio di un diritto reale (manifestazione, este-

riorità del diritto), è uno *stato di fatto* corrispondente al *diritto* che vi apparisce; il diritto manifestato può esistere realmente, ed anche non esistere, e questo non impedisce che il *fatto dell'esercizio* non produca, come istituto speciale, effetti giuridici.

Così l'*esercizio del diritto reale* sta a sè, indipendentemente da qualunque ricerca sulla realtà del diritto stesso.

1. Con ciò s'intende come il possesso non sia distinto dalla *detenzione*, quasichè questa sia locuzione designante il tenere una cosa a nome altrui: anche qui vi ha *possesso*, perchè è esercitato un diritto il quale o tocca direttamente la cosa (*usufrutto*, diritto reale), oppure ha luogo in occasione della cosa (diritto personale); la legge difatti chiama possesso tanto la *detenzione*, riferendosi alla potestà esercitata sulla cosa, quanto il godimento di un diritto (il *q. possesso* del diritto rom.): due idee aventi egual sostanza, perchè in ambi casi si ha la *manifestazione* di un diritto, e cioè il possesso (*C. 685*). Certo è, che, esaminata storicamente cotesta affermazione, il possesso sorse dapprincipio a significare la potestà fisica *su una cosa;* poi si estese necessariamente agli altri diritti l'idea del rapporto fra lo stato di fatto (possesso) e quello di diritto (proprietà), e ciò avvenne gradatamente, sia coll'intendere il possesso rispetto a diritti che cadevano sulla cosa, sia coll'intenderla rispetto ad alcuni diritti personali sorti in occasione della cosa (ipotesi comprese nella *possessio derivata*), sia coll'istituto del *quasi possesso* introdotto per alcuni diritti che sebbene reali, pure erano tenuti come *incorporali* (servitù); sia, infine, coll'ampliamento dato necessariamente al concetto del *possesso* colle disposizioni dirette a reprimere la violenza (modificazioni all'int. *de vi;* legge penale di Valentiniano II; *exc. spolii* nel diritto canonico), perchè col punire la violenza turbatrice di uno stato qualunque di fatto, lo *stato* medesimo otteneva riconoscimento giuridico.

2. Ond'è, che l'esercizio di un diritto val *possesso*: ma se questo è il concetto generale, se il semplice *fatto* dell'esercizio dà vita ad un istituto corrispondente ad altro, il cui contenuto è il *diritto* effettivo, quando questo *fatto* si presenta con tali circostanze da far supporre l'esistenza reale del diritto *esercitato*, maggiore sarà la efficacia giuridica del fatto. E però, la distinzione del possesso in gradi; il primo ch'è il possesso *in genere* (*possesso*

semplice, od anche *possesso*) ha per solo contenuto il *fatto* dell'esercizio: la legge tutela questo per sè stesso, senza punto occuparsi della possibilità che esista il diritto corrispondente. Il secondo è il possesso *legittimo:* gli elementi dai quali la *legittimità* risulta dànno a presumere che non sia esercizio del diritto senza il diritto, ma col diritto, e però col tempo (prescrizione) questo supposto diventa realtà, onde il possesso legittimo è quello ch' è atto a prescrivere; il terzo è il possesso di *buona fede*, in cui la presenza di un titolo fa supporre con maggior forza di quanto avvenga nel legittimo l'esistenza del diritto, e la sua efficacia acquista da ciò maggiore estensione.

§ 116. — *Continuazione. Gradi del possesso;* a) *possesso in genere.*

V. fonti cit. nel § preced.

Questo primo grado del possesso si estende a qualunque diritto; e qualunque cosa, qualunque diritto, acquisibile o no con la prescrizione, può esserne oggetto: l'*animo* del possessore è solo l'*a. possidendi*, la volontà di tener l'esercizio *per sè*, indipendentemente da ogni ricerca sul diritto, e perciò dell'*animo* in ordine a questo: per conseguenza, ha questo possesso anche chi possegga *precariamente* (in senso lato, § 117, 2).

§ 117. — b) *Possesso legittimo.*

V. fonti cit. nel § 115.

Gli elementi dal cui concorso risulta la *legittimità* del possesso si distinguono in *oggettivi* e *soggettivi*: gli uni concernono il fatto in sè, gli altri si riferiscono alla persona che lo esercita. Gli elementi oggettivi caratterizzano l'esercizio tenuto da chi abbia realmente il diritto, che nel loro concorso è presunto dalla legge (*C. 686*); essi sono:

a) la *continuità* del possesso, perchè chi ha veramente il diritto lo esercita continuamente: con questo criterio si risolvono le questioni di fatto attinenti alla continuità, e perciò a decidere se l'esercizio abbia tal carattere, è d'uopo badare alla natura e destinazione della cosa posseduta (p. es. il possesso di un bosco ceduo il cui

taglio sia fatto ogni 10 anni, sarà continuo se questo venne fatto *tre* volte in trent'anni). Opposta alla *continuità* è la *discontinuità*, la quale dipende dalla volontà stessa del possessore;

b) la *non interruzione:* la interruzione (che differisce dalla discontinuità, perchè quella dipende dal fatto di un terzo) impedisce la *legittimità* del possesso, essendo la presunzione del diritto scossa dal reclamo che di questo altri faccia efficacemente. La interruzione si distingue in *naturale* e *civile:* per questa valgono le norme date sulla interruzione in materia di prescrizione (§ 107), essendone identico il concetto: ma mentre nella prescrizione, per la entità del tempo necessario, è d'uopo decorra più di un anno perchè si abbia interruzione, agli effetti dell'azione che difende il possesso legittimo (per la quale è d'uopo il possesso di un anno ed un giorno) vale il solo fatto della interruzione, la cui efficacia è lasciata alla valutazione del giudice;

c) possesso *pacifico:* la violenza, sia morale che fisica fatta al possessore impedisce la presunzione contenuta nella *legittimità*, e quella ch'egli adoperò durante il possesso fa altrettanto; che se la violenza del possessore fosse diretta a respingere la violenza adoperata da altri contro di lui, non ne avrà il possesso la nota di *non pacifico.* Nella estimazione della violenza esercitata da altri, per decidere sia continua o no, è d'uopo rimettersi all'arbitrio del giudice;

d) la *pubblicità* è voluta, perchè la osserva chi ha effettivamente il diritto ch'esercita, ed il celare l'esercizio dimostra non fondata la presunzione che dà legittimità al possesso. La pubblicità si ha sempre quando è esercitato il possesso in modo da dare campo, a chi lo voglia, di accertarsene: perciò la scienza di altri, e la ignoranza della persona contro la quale il possesso si esercita, oppure la scienza di questa e la ignoranza degli altri, non sono elementi sufficienti per dire il possesso non pubblico nell'un caso, e pubblico nell'altro. Nè tampoco si può dare come criterio il numero delle persone che avessero davvero scienza del possesso: basta solo esaminare il modo col quale questo è tenuto, ed anche alla natura e destinazione della cosa.

L'elemento soggettivo è l'*animo di esercitare il diritto come se effettivamente esistesse* (p. es. nella proprietà, l'animo di tener la

cosa come propria (*C. 686*): esercizio da tenere a nome proprio, perchè tenuto a nome altrui dà al possesso la qualifica di precario.

1. Gli elementi oggettivi ed il soggettivo, senza il cui concorso manca la legittimità del possesso, si trovano fra loro in cotesto rapporto: che i primi quattro dànno luogo a presumere l'*animo* di esercitare il diritto come proprio; il che non toglie che talvolta cotesti elementi concorrano, e l'*animo* manchi: onde la necessità di altro requisito che è la *non equivocità*. Il quale non è carattere che si riferisca a difetto degli elementi anzidetti: e sta a sè, perchè potrebbe avvenire che il fatto si presentasse con i requisiti oggettivi descritti, eppure badando alle circostanze onde il possesso cominciò o che lo accompagnarono, rimanesse dubbio sulla efficacia di quelli, e quindi sulla presunzione della realtà del diritto.

2. Il difetto di uno degli elementi suddetti costituisce un vizio del possesso, che ne offende la legittimità: oltre la *discontinuità* e la *interruzione* (v. sopra), i vizii derivanti dalla mancanza degli altri caratteri sono la *clandestinità* (p. non pubblico), la *violenza* (p. non pacifico), la *precarietà* (mancanza dell'animo: il *precario* significa in diritto odierno tanto il *precarium* romano (tranne le garanzie possessorie), quanto in generale qualunque possesso tenuto senza l'animo di tener la cosa come propria (arg. *C. 2115* al. in f.); alla non *equivocità* è poi opposta la *equivocità*.

Questi vizii sono tutti assoluti, nel senso che possono venir opposti da chiunque, e non dalla sola persona in relazione alla quale ebbero luogo: se la legge vuole che la legittimità dipenda da determinati caratteri, la mancanza di questi è opponibile da ognuno il quale vi abbia interesse, perchè la legittimità del possesso opera rimpetto a tutti.

§ 118. — *Cont. Prova della* legittimità *del possesso.*

V. fonti cit. nel § 115.

La prova degli elementi dai quali risulta la legittimità del possesso, va fatta nei modi legali, nè la prova testimoniale può essere, trattandosi di un fatto, limitata dal valore. Pure, a favorire la posizione del possessore vennero dettate alcune presunzioni legali:

1. La prima concerne l'elemento soggettivo dell'*animo:* il con-

cetto del possesso legittimo facendo presumere che l'esercizio abbia luogo come se effettivamente il diritto esista, si presume sempre che ciascheduno possieda con tal animo (*C. 687*): a meno che non si provi che abbia cominciato a possedere in nome altrui. Quando poi si fosse cominciato a possedere in nome altrui, si presume che il possesso abbia continuato con lo stesso titolo (*C. 687* al.), giacchè non è permesso ad alcuno di cangiare riguardo a sè medesimo, di suo arbitrio, la causa ed il principio del suo possesso (*C. 2118*), di crearsi cioè un titolo: perciò non hanno il possesso legittimo quelli che posseggono a nome altrui, ed i loro successori a *titolo universale* che ne continuano la persona giuridica (*C. 2115*), mentre possono averlo, acquistandolo come proprio, i successori a titolo particolare (*C. 2117*). La presunzione cessa quando si provi il contrario, e specialmente quando si abbia la *interruzione del titolo*, l'atto cioè mediante il quale il possesso da semplice diviene legittimo per il cangiamento dell'*animo*. Questa mutazione avviene col concorso di terza persona, o per contraddizione: il primo modo esiste quando si acquisti da un terzo a nome proprio il diritto che veniva dianzi tenuto a nome di altri, ed a nome proprio sia esercitato: il secondo, quando il possessore contesti il diritto alla persona a cui nome lo esercitava, reclamandolo come proprio (*C. 2116*).

2. La seconda concerne l'elemento della *continuità*: quando il possessore attuale provi di avere posseduto in un tempo più remoto, ove i due possessi si corrispondano, è giusto presumere che il possesso sia egualmente esistito nel tempo intermedio (*C. 691*): così pure, il possesso antico non può far presumere l'attuale (che è ben di facile prova), e l'attuale, di regola, non fa presumere l'antico, a meno che il possessore non abbia un titolo: in questo caso si presume ch'egli (semprechè titolo e possesso si corrispondano) possedesse dalla data del titolo (*C. 692*). Nei due casi è sempre salva la prova contraria.

A. Con l'elemento della *continuità* del possesso ha affinità molta l'*istituto* della *unione del possesso* (*accessio possessionis*). Il possesso è un fatto, e certo come tale non potrebbe giuridicamente concepirsi di esso trasmissione alcuna: ma l'istituto della successione a titolo universale, per cui la persona giuridica del defunto continua nel suo successore, dovette di necessità portare una

modificazione al principio; come poi, per effetto di questa prima, altra ne introdusse la successione a titolo particolare. Nel primo caso, si ha, appunto per la entità della successione, continuazione del possesso dell'autore, ossia unità di possesso, non due possessi distinti, ed i caratteri che accompagnavano il possesso dell'autore (p. es. *mala fede; precarietà*) accompagnano assolutamente il possesso del successore, senza che l'*animo* di questo eserciti influenza veruna (*C.* ***2115***): la continuazione ha qui luogo di diritto, perchè di diritto la eredità è trasmessa (*C.* ***693***). Nel secondo caso, mancando la continuazione della personalità giuridica, manca la continuazione di diritto del possesso; ed il successore a titolo particolare *potrà* solo unire il proprio possesso a quello del suo autore per invocarne e goderne gli effetti (*C.* ***693***, al.); si hanno dunque due possessi distinti, e però i caratteri che segnalavano il possesso dell'autore possono non accompagnare quello del successore (*C.* ***2117***).

L'unione dei possessi ha luogo quando fra essi non vi sia interruzione, perchè questa estingue la efficacia del possesso anteriore (§ 117): di più, nel caso di successione a titolo particolare vi ha unione solo quando il possesso posteriore abbia gli stessi caratteri dell'anteriore. Non esiste unione di possesso, quando l'atto pel quale il possessore antecedente ebbe la cosa in poter suo sia annullato o revocato: presumendosi in tal caso che la cosa mai sia escita di potestà del possessore al quale è ritornata.

§ 119. — *Cont., Possesso legittimo: oggetto.*

V. fonti citate nel § 115.

Siccome il possesso legittimo fa supporre il diritto, e col tempo ne consolida la esistenza (prescrizione), così possono essere oggetto di possesso legittimo tutte le cose, o tutti i diritti reali su esse, di cui col lungo possesso legittimo sia possibile fare acquisto (*C.* ***690***): sono perciò escluse le cose fuori di commercio (p. es., *i beni demaniali*, § 52), e quelle di cui non sia possibile per loro natura un possesso continuo (p. es., servitù discontinue), o pubblico (p. es., servitù non apparenti). Si hanno cose suscettibili di possesso legittimo,

e alle quali non si estende tuttavia l'azione di manutenzione che lo tutela (p. es., *i mobili*), in conseguenza degli effetti speciali che il possesso legittimo ha rispetto ad esse. S'intende con ciò, che la legittimità manca se la cosa è tenuta in forza di un diritto personale, perchè, stante la *precarietà* del possesso, fa difetto la *prescrivibilità* che è fine del possesso legittimo.

§ 120. — c) *Possesso di buona fede.*

V. fonti cit. nel § 115. Aubry et Rau, § 206; Laurent, 202 e segg. Brinz, *Zum Rechte d. bonae fidei possessio* (1875).

Il possesso di *buona fede* è il possesso legittimo acquistato in forza di un titolo abile a trasferire il diritto, e del quale il possessore ignorava i vizii: la legittimità del possesso può fondarsi o no su un titolo, bastando l'*animus domini,* ma la *buona fede* vuole il *titolo,* e la *ignoranza dei vizii di questo* (*C. 701*). Il primo elemento sta nella giusta causa dell' acquisto del diritto (p. es., acquisto di proprietà, se questo diritto cade nel possesso): ed il titolo dev'essere *reale*, non *putativo ;* i suoi vizii poi debbono esser tali da dar luogo alla sua annullabilità, non alla inesistenza, perchè in tal caso mancherebbe affatto (p. es., possesso di immobile in base a donazione non fatta per atto pubblico), nè importa distinguere fra annullabilità assoluta ed annullabilità relativa. Il secondo elemento vuole la ignoranza di questi vizii che rendono annullabile l'atto, sia questo il *titolo proprio dell'acquirente* oppure il titolo dell'autore di esso, giacchè la scienza che l'acquirente avesse dei vizii del titolo dell'autore lo renderebbero in *mala fede;* ma ove la ignoranza (o l'errore) fosse di diritto, la buona fede, di regola, verrebbe meno. La buona fede (per il rispetto dovuto alla moralità) è sempre presunta, e chi allega la mala fede deve provarla (*C. 702*): basta, a caratterizzare il possesso, che essa sia esistita al tempo dell'acquisto (*mala fides superveniens non nocet. C. 702*). La *mala fede* è opposta alla buona fede, contenendo la scienza dei vizii onde il titolo è reso annullabile, ma, non escludendo l'*animo di tenere il diritto come proprio*, non toglie la legittimità del possesso.

§ 121. — *Carattere e fondamento del possesso.*

V. fonti cit. nel § 115.

Il *possesso* non è un diritto, è l'*esercizio* di un diritto, indipendentemente da questo: è un fatto. La legge lo tutela diversamente nei suoi diversi gradi, e però secondo la diversità di questi è di varia entità il motivo di loro efficacia giuridica: il possesso in genere è protetto onde impedire che con la violenza sia turbato uno stato di fatto, il quale d'altronde merita protezione fino a quando non sia dimostrata l'esistenza di un diritto contrario; il legittimo e quello di buona fede sono tutelati perchè l'esistenza del diritto è presunta nell'uno, e nell'altro ha pur luogo in grado maggiore.

§ 122. — *Compossesso.*

V. fonti cit. nel § 115.

Il *possesso* di una cosa può spettare a più persone, non in solido, ma in modo indiviso: e si avrebbe una forma della *comunione*.

§ 123. — *Acquisto del possesso.*

WINDSCHEID, §§ 153, 154; VANGEROW, § 203; BRINZ, §§ 137, 138; ARNDTS-SERAFINI, §§ 139-141; DERNBURG, *Pand.*, I, §§ 176-183; FÖRSTER, I, §§ 160, 161; SIEBENHAAR, §§ 178 e segg.; AUBRY et RAU, § 179; LAURENT, l. cit.; SALVIOLI, *Sulla dottr. d. atti meramente facoltativi* (1887).
Dig. De adq. vel am. possess. (XLI, 2); *C. de adq. v. ret. possess.* (VII, 32).
V. fonti leg. cit. nel § 115; *adde*, C. civ. it., a. 1464-1466; C. c. fr., a. 1605-1607.

1. L'acquisto del possesso (qualunque esso sia) abbisogna del concorso di due elementi, dei quali l'azione isolata non sarebbe sufficiente ad ottenerlo: il *corpo* e l'*animo*; questo è dato dalla *volontà* del possessore che si pone in rapporto con la cosa posseduta, quello dal fatto esterno per il quale la volontà ha la sua manifestazione, ed il rapporto toglie un aspetto concreto. È posto in essere il primo elemento (*corpus*) mediante qualunque fatto per il quale la cosa sia posta sotto la immediata ed esclusiva disponibilità della persona: tale *apprehensio* dà l'*occupazione* nella *presa di possesso* unilaterale, e la *tradizione* nella consegna che altri faccia della cosa (respinta ogni distinzione fra tradizione *reale* e tradizione *simbolica*). Cotesto criterio generale dimostra come vi abbia tradizione di un immobile quando siano consegnate le chiavi, se ne sia oggetto

un edificio, o quando siano consegnati i documenti che rispetto alla cosa il tradente ha (*C.* ***1464***): e come la tradizione dei mobili si compia con la loro consegna reale, o con la consegna delle chiavi degli edifizii che li contengono (*C.* ***1465***).

A. Se ne fossero oggetto cose incorporali, la presa di possesso si compie o con la consegna dei titoli, oppure con l'*uso* che il possessore ne faccia *sciente* (paziente) la persona contro la quale il possesso è esercitato (*C.* ***1466***, ***1538*** al.).

2. Nel possesso legittimo, all'acquisto di esso non valgono gli atti violenti o clandestini (v. § 117): ma, cessato il vizio, la presunzione contenuta nella *legittimità* può nascere, e però il possesso *legittimo* può cominciare (*C.* ***689***).

Il secondo elemento (*animus*) è la *volontà* di possedere per sè nel possesso in genere, di esercitare il diritto come proprio nel possesso legittimo, e a questa volontà si deve aggiungere per il possesso di buona fede la ignoranza dei vizii del titolo di acquisto; e mentre nel primo caso è capace dell'*animus* chiunque abbia la intelligenza necessaria, negli altri due è capace chi lo è per acquistare la cosa, sebbene la incapacità ne sia semplicemente relativa. L'animo che necessita per dare legittimità al possesso, non esiste negli atti facoltativi, perchè dall' esercitare il diritto in un modo meglio che in un altro non deve argomentarsi il non esercizio di esso: e *facoltà* è atto ch'è posto in esercizio del diritto, sebbene il non farlo punto pregiudichi l'esistenza del diritto stesso; e manca pure trattandosi di atti di semplice tolleranza: nei quali è presunta la concessione a porre quel dato atto, a differenza del precario ove sarebbe manifesta (*C.* ***688***).

Talvolta per l'acquisto del possesso legittimo basta il solo cangiamento dell'*animo,* se l'elemento *corpore* fosse fatto valere nell'acquisto precedente del possesso in genere: così nella (trad. *brevi manu*) ipotesi di chi avesse la cosa a titolo di deposito, e poi gli venisse venduta dal deponente (*C.* ***1466***); talvolta basta il solo *animo,* quando la consegna non potesse eseguirsi al tempo dell'acquisto (*C.* ***1465*** in fine).

3. Ciò per l'acquisto fatto direttamente. Si può acquistare il possesso per mezzo di un *rappresentante*, il quale, perchè l'acquisto abbia luogo, deve effettuarlo *corpore* e *volerlo* (*animo*) nell'interesse

e per conto del rappresentato: che se, trattandosi di tradizione, egli avesse un intendimento diverso e lo manifestasse, nel conflitto fra il voler suo e quello del tradente il possesso non sarebbe acquistato per veruno; ma se avendo la intenzione contraria non l'avesse manifestata, la sola dichiarazione del tradente di trasferire la cosa al rappresentato basterebbe a che questi ottenga il possesso, dovendosi presumere (non giudicandosi *de internis*) che il rappresentante non abbia volontà contraria a quella necessaria perch'egli adempia debitamente all'incarico. Il rappresentato poi deve *voler* acquistare il possesso per mezzo del rappresentante, nè la ignoranza del tempo in cui questi faccia acquisto della cosa osta all'acquisto stesso: come avverrebbe difatti nel caso di procura generale ad amministrare.

Acquisto del possesso per mezzo del rappresentante è quello che fanno i minori per mezzo del tutore, i corpi morali per mezzo del loro rappresentante: se ne ha altro esempio nel *costituto possessorio,* giacchè la dichiarazione che il possessore faccia di tener la cosa a nome altrui fa acquistare il possesso a questo, il quale lo ha per mezzo del rappresentante.

§ 124. — *Conservazione e perdita del possesso.*

V. fonti cit. nei §§ 115 e 123.

1. Per la *conservazione* del possesso è necessaria la presenza degli stessi elementi occorrenti per l'acquisto, giacchè la mancanza di uno di essi darebbe luogo alla *perdita* del possesso: ma la entità loro vi è attenuata, e però si ha la conservazione sempre quando sia possibile riprodurre ad ogni istante il rapporto della fisica immediata ed esclusiva disponibilità, e della volontà, quali servirono per l'acquisto. Per cotesta attenuazione si dice avvenire la conservazione del possesso *solo animo:* il che, esattamente parlando, non è.

2. Quando cessi il concorso dei due elementi accennati, sia per la mancanza di uno o di entrambi, quando cioè non sia possibile la riproduzione anzidetta, vi ha *perdita* del possesso: nel determinare la possibilità, va tenuto conto del tempo maggiore o minore, per il quale la riproduzione è impedita. La perdita ha così luogo: *a) corpore*, quando non sia *più* possibile esercitare sulla cosa la potestà fisica (p. es., *distruzione* di essa): e di fronte a cotesta impossibi-

lità, anche l'*animo* deve cessare; *b*) *animo* quando si metta la volontà di tenere la cosa sotto la propria immediata ed esclusiva potestà: si può perdere l'*animus* ch'è necessario per il possesso legittimo e tener quello che vale per il possesso in genere (cost. possessorio, § 123 in-f.); *c*) *animo et corpore*, quando contemporaneamente cessino i due elementi, come avviene nella tradizione, nello spogliarsi cioè che uno faccia del possesso perchè altri lo acquisti: e siccome questo acquisto è la causa della perdita che il tradente fa, quando esso non sia valido manca pure la perdita.

A. La perdita del possesso può avvenire anche per *fatto altrui*, con la turbativa o con lo spoglio; ma solo col decorso di *un anno* dal giorno nel quale questi fatti ebbero luogo (arg. ***C. 694, 695***); ha tratto a ciò l'istituto della *interruzione*.

B. Il possesso della cosa può essere conservato col mezzo di un *rappresentante* il quale abbia l'animo di tenerlo a nome del rappresentato (p. es., un locatario, depositario, ecc.). In tal caso, rispetto alla perdita, il *fatto proprio* del rappresentante che cessi dall'*animo* di tenere il possesso per conto del rappresentato, non lo fa perdere a questo, bastando all'uopo l'*animo* ch'egli abbia; se il rappresentante *cangi* l'animo volendo tenere il possesso per sè, non vi sarà perdita, perchè nessuno da solo può cangiare a sè la causa del proprio possesso; se poi voglia perdere il possesso per *farlo acquistare ad un terzo*, il rappresentato lo perderà solo col decorso di un anno dal fatto, perchè la tradizione del rappresentante che agì contro il potere datogli non lega il rappresentato: se poi desse ad un terzo solo il possesso in genere, non può esservi perdita del possesso.

Se il rappresentante perdesse il possesso *corpore*, questo sarebbe egualmente perduto per il rappresentato: e se lo perdesse per la turbativa o violenza fattagli da un terzo, la perdita sarebbe efficace solo decorso un anno da cotesto fatto.

C. La perdita della *custodia* nelle cose mobili (onde la perdita del possesso) attiene appunto al criterio sulla perdita *corpore*.

§ 125. — *Effetti del possesso.*

V. fonti cit. nel § prec. Aubry et Rau, §§ 183, 206; Laurent, IV, 202 e segg.; XXXII, 540-607; Heusler, *Die Gewere* (e. 1872); Jobbé-Duval, *Essai hist. s. la revend. d. meubles* (1881); Chironi, *I doni manuali* (1885).

V. fonti leg. cit. nel § 115. *Adde:* Cod. civ. it., a. 2105-2106, 2113, 2124, 2187; C. c. fr. a. 2219, 2226, 2229, 2243, 2265; C. c. austr., §§ 1452, 1454-1477, 1493-1502; C. c. sass., §§ 260 e segg.; C. c. neerl, a. 2000-2003; C. c. port., a. 517-534; C. c. della Rep. Arg., a. 3999-4016; C. c. del mess., a. 1187-1199; C. c. dell'Ur., a. 1165-1175; C. c. del Guat., art. 646-656; Cod. civ. del Chilì, art. 2498-2513.

Gli effetti del possesso sono diversi secondo i gradi ch'esso ha: dalla protezione del fatto indipendentemente da ogni ricerca sulla esistenza del diritto, a quella del fatto con la presunzione minore o maggiore di tale esistenza, essi contengono forza ed estensione crescenti. Cotesti effetti (a non parlare di tanti altri che non sono proprii del possesso, ma sono applicazione a questi di altri principii) sono i seguenti:

1. il possesso in *genere* all'infuori della difesa possessoria (v. il § 126), non produce per sè effetto peculiare veruno: così, il diritto di respingere immantinente la violenza con la violenza, dipende la considerazione attinente a questa, ed il diritto di insistere nello stato di fatto sino a che non sia provato un diritto contrario, è conseguenza degli istituti dell'*azione* e della *prova;*

2. il possesso *legittimo,* oltre la difesa possessoria che gli è speciale, ha come effetto la *prescrizione acquisitiva trentennale,* che è il mezzo col quale mediante il *possesso legittimo* continuato *per trent'anni,* si acquista un diritto che ne era validamente oggetto (*C. 2105*). Il suo fondamento è appunto la *presunzione* del diritto contenuta nella legittimità del possesso, senza la quale non si può prescrivere (*C. 2106*): continuando per uno spazio rilevante di tempo, è necessario all'ordine pubblico, per la certezza stessa dei diritti, che ne rimanga così assodata da diventar realtà e respingere ogni rivendicazione; perciò è ch'essa produce il suo effetto di diritto. Le norme accennate sulla rinuncia, sulle cause che impediscono o sospendono la prescrizione, valgono pure per la prescrizione acquisitiva: solo è da notare, come le cause di impedimento ricordate non abbiano luogo riguardo al *terzo* possessore (i cui diritti

si vollero così tutelare dalla incertezza) di un immobile o di un diritto reale sopra un immobile (*C. 2121*). Valgono pure qui le norme sul computo del tempo, e sulla interruzione: avvertendo, che la interruzione *naturale* avviene coll'essere il possessore privato per più di un anno del godimento della cosa (*C. 2124*), essendo con questo termine spirato quello entro il quale il possessore poteva agire per la tutela del suo possesso. La efficacia della interruzione dimostra come l'*az. publiciana* del D. R. non sia più oggi ammessibile: se la interruzione toglie effetto al possesso anteriore, è chiaro che manca il fondamento alla presunzione contenuta in codesta azione. Sono poi *prescrivibili* le cose corporali ed incorporali in commercio (*C. 2113*), e suscettibili di possesso legittimo.

3. Il possesso di *buona fede*, oltre le difese possessorie che spettano al legittimo, del quale è gradazione, ed un'altra garanzia speciale, ha i seguenti effetti: rispetto agl'*immobili: a*) la prescrizione *decennale;* la presunzione più forte del diritto indusse la necessità di abbreviare il termine ordinario della prescrizione; ciò ha causa nella *buona fede* del possessore (*C. 2137*). Ma è d'uopo si tratti di acquisto di un *immobile* o di un *diritto reale* sopra un immobile, ed il titolo, non viziato da difetto di forma, sia trascritto debitamente (a guarentigia dei terzi); i dieci anni necessari a tale prescrizione, che è solo *acquisitiva,* decorrono dalla data della trascrizione; *b*) l'*acquisto dei frutti:* il possessore di buona fede li fa suoi non in forza dell'avvenuta consumazione, ma per la semplice percezione, nè è a distinguere i frutti *naturali* dai *civili,* ch'egli acquista giorno per giorno. Tale acquisto dipende dalla efficacia della buona fede, per la quale il possessore è, finchè essa duri, pareggiato giuridicamente al vero soggetto del diritto: perciò l'obbligo del possessore a restituire quelli che gli fossero pervenuti dopo la domanda giudiziale, la quale, avvertendolo dei vizii del titolo, lo pone di necessità in mala fede. La relazione ora notata fra la *buona fede* ed il *diritto effettivo,* determina l'estensione della parola *frutti,* che va intesa come lo sarebbe se il diritto posseduto in buona fede esistesse realmente: così è, che trattandosi di proprietà, per accertarla male si farebbe ricorso alle norme governanti l'usufrutto. Per identico motivo, il possessore di buona fede non risponde dei danni dati alla cosa, avendone la disposizione: e quando

l'avesse alienata, il proprietario avrebbe solo il diritto a farsi pagare dal compratore di buona fede il prezzo tuttora dovuto, od a farsi cedere, nello stesso caso, l'azione ad ottenerlo (*arg. C.* ***933*** al.).

Il possessore di ***mala fede*** commette un delitto civile (***C. 1151***) e risponde di qualunque danno: perciò non solo dei frutti indebitamente percepiti, ma anche di quelli che per sua colpa non avesse percepiti.

3. I due possessi (*b. fede — m. fede*) sono retti tuttavia da regole comuni in ordine ai miglioramenti che il terzo rivendicante deve rimborsare al possessore evitto, in base al principio che nessuno deve arricchirsi con detrimento altrui: questa regola dimostra come, affinchè si possa far luogo al rimborso, i miglioramenti debbano sussistere al tempo della evizione (*C.* ***704***), e la misura del rimborso sia data della somma minore risultante fra la spesa ed il migliorato: perchè se il miglioramento fosse minore della spesa, il rivendicante ha solo il valore di quello, e se fosse maggiore della spesa, a questa si riduce il danno avuto dal possessore (*C.* ***705***). Nella locuzione *miglioramenti* si intendono non le spese *necessarie* (fatte per la conservazione della cosa) ma le *utili* (che aumentano il valore della cosa): per le *voluttuarie* (spese di abbellimento), di regola (a meno che non consistessero in *costruzioni*, materia retta da norme speciali), il possessore potrebbe ripigliare i miglioramenti fatti, purchè lo possa con suo utile e senza danno della proprietà, quando il proprietario non preferisca di tenerli pagandone la somma corrispondente al prezzo che il possessore potrebbe ritrarne staccandoli dal fondo (*arg. C.* ***495***): ma se il possessore fosse di mala fede, obbligato com'è per i danni, può darsi la compensazione fra questi ed i miglioramenti dipendenti dalle spese voluttuarie. È d'uopo poi distinguere nel caso di possesso di buona fede, le spese *straordinarie* dalle *ordinarie:* di queste non può ottenere il rimborso, dal momento che acquista i frutti, ai quali stanno di necessità a carico (V. per altri effetti della buona fede il § 131, I: *C.* ***450***, e II, *C.* ***452***).

4. Quanto ai *mobili*, la buona fede (a differenza della efficacia sua rispetto agli immobili) ***sana*** i vizii del titolo, e lo rende valido. La storia della massima, ch'è tolta al diritto germanico, ne dà il motivo: inerente forse nella sua origine al sistema degli effetti

nascenti da contratto mercè il quale una cosa mobile escisse dal patrimonio del proprietario col suo consenso, essa non dipendeva dalla buona fede del possessore: ed a questo sistema non era estranea la poca stima attribuita alle cose *mobili*. Tale è il motivo che fece adottare la massima, e vi si unirono più tardi i bisogni del commercio: le contrattazioni commerciali soffrirebbero grave disturbo se nella ricerca di sicurtà dimostranti il titolo del venditore, il compratore dovesse perdere un tempo molte volte prezioso. Del pari, nella sua origine la massima concerneva solo i terzi possessori: il possessore, che è l'acquirente immediato, non può cangiarsi da sè la causa del suo possesso.

Nel diritto attuale la massima può essere invocata dal *terzo possessore:* ed è d'uopo, perchè non sia fatta frode a chi vorrebbe rivendicare la cosa, ch'egli sia in *buona fede* (*C.* ***707***); su che non influisce la mala fede del suo autore. Le cose mobili cui la disposizione si applica sono quelle che per loro natura sono suscettibili di essere soggette alla potestà fisica della persona, e però i *mobili* per loro natura, ed anche i titoli al portatore, perchè in essi è quasi dato corpo al diritto di credito: la necessità che sia certa, determinata la cosa, è il motivo della restrizione posta alla regola, dalla quale sono espressamente escluse le universalità dei mobili: (*C.* ***707***), il che peraltro non significa che il possesso debba essere acquistato in un modo speciale, bastando all'uopo l'acquisto fatto giusta i criterii generali esposti. E siccome oggetto del possesso legittimo, e perciò di quello di buona fede, sono non solo gli immobili, ma anche i diritti reali su di essi, così nella massima in esame cadono non solo i mobili aventi i caratteri anzidetti, ma anche i diritti reali sui medesimi (p. es., l'usufrutto: il pegno).

Cotesto possesso produce l'effetto stesso del titolo: vale a dire la proprietà, o un diritto reale, secondochè l'una o l'altro ne sia causa, e perciò sarà o totalmente respinta l'azione di rivendicazione del proprietario, oppure dovrà questi soffrire il peso reale imposto sulla cosa. Il proprietario potrà opporre non avere il possesso i caratteri voluti affinchè sia respinta la rivendicatoria: p. es., la *mala fede* del terzo possessore; mala fede che non togliendo la legittimità del possesso, non impedisce la prescrizione ordinaria (*C.* ***2117***).

A. Il principio soffre eccezione, quando le cose cui si applica

fossero escite dal patrimonio del rivendicante senza il suo assenso (tale il motivo storico della eccezione): così, nei due casi di smarrimento e di furto (*C.* ***708***), è dato il diritto di riaverle da chiunque le possegga, salvo a questi il regresso per indennità contro colui dal quale le ebbe. Tuttavia, quando il possessore contro il quale è promossa la rivendicazione, avesse acquistato la cosa in fiera od in mercato, ovvero in occasione di vendita pubblica, o da un commerciante che facesse pubblico spaccio di simili oggetti, cotesta pubblicità salvaguardando la buona fede dell'acquirente, impedisce che egli abbia danno in conseguenza della rivendicazione: in questa ipotesi il rivendicante non può ottenere la restituzione della cosa, se non rimborsando il possessore del prezzo che gli è costata (*C.* ***709***).

La eccezione non si può estendere oltre i due casi spiegati dal motivo storico ricordato: perciò quando la cosa escisse dal patrimonio per truffa compiuta a danno del proprietario, escirebbe col suo consenso, e l'eccezione non sarebbe invocata giustamente.

B. Il creditore per fitti con privilegio sui mobili, quando questi fossero esportati dalla casa o dal fondo locato senza il suo assenso, può sequestrarli: qui non vi è certamente furto, ma vi ha un atto frodolento a scopo di sottrarre la cosa al diritto del creditore, e però un'analogia con la eccezione ricordata, come rivela la disamina dei motivi di entrambe. Ond'è, che gli è data l'azione per il sequestro: ma in pari tempo gli è imposto un termine entro il quale l'azione può essere promossa (*C.* ***1958***, 3°).

C. L'azione che il proprietario o possessore della cosa mobile rubata o smarrita può intentare, si prescrive nel termine di due anni (*C.* ***2146***): s'intende che, riferendosi le due eccezioni al caso di possesso tenuto dal terzo in buona fede, è necessario questo elemento perchè tal prescrizione si possa invocare: se il terzo fosse in mala fede, il termine della prescrizione sarebbe l'ordinario.

§ 126. — *Guarentigie date al possesso.*

Aubry et Rau, §§ 184-189; Mancini, Pisanelli, e Scialoja, op. cit.; Mattirolo, op. cit.

Bruns, *D. Besitzklagen de röm. u. heut. Rechts* (1874); De Parieu, *Ét., histor. et pr., s. l. actions possessoires* (1850).

Cod. civ. it., art. 694-697; C. c. fr., a. 23; Cod. c. austr., §§ 344-348; C. c. sass., §§ 205 e segg.; C. c. neerl., a. 604-624; Cod. civ. della Rep. Arg., art. 2468-2501; Cod. c. mess., a. 955-962; C. c. dell'Ur., a. 620-637; Cod. c. del Chilì, art. 916-929. V. pure il Prog. del Cod. civ. german. (1888), §§ 819 e segg.

Le guarentigie del possesso hanno entità corrispondente ai diversi gradi di possesso: 1. Il possesso in *genere* è guarentito dall'azione di *reintegrazione,* e siccome esso è il sostrato necessario degli altri gradi, così ogni specie di possesso è tutelata da siffatta difesa: dall'essere questa la sola conceduta al possesso in genere, non si deve dedurre sia fondata sullo *spoglio* quale circostanza estranea al possesso, perchè ne è guarentigia diretta: gli è che si tratta di un semplice stato di fatto nel quale si ha solo la manifestazione di un diritto, senza che nulla ne faccia supporre la esistenza reale.

L'azione di *reintegrazione* si dà a guarentire *qualunque* possesso di cosa mobile od immobile, anche se n'è oggetto una cosa non acquisibile mediante la prescrizione, postochè tutela uno stato di fatto: nasce solo quando lo spoglio consumato *ingiustamente* contro il possessore abbia il carattere di *violento* (sia l'atto materiale, oppure contrario alla volontà del possessore) od *occulto:* e, a causa del contenuto del possesso, nonchè del modo col quale si presenta il fatto cui deve riparare (e più per motivi d'ordine storico), si dà unicamente contro l'*autore* dello spoglio (*C. 695*), anche se questi fosse il proprietario della cosa (*C. 696*); perciò è azione *personale.* La reintegrazione, premessa la citazione dell'altra parte, sulla semplice notorietà del fatto, è ordinata dal giudice senza dilazione, e con la maggiore celerità di procedura (*C. 696*).

Cotesta difesa va fatta valere entro un anno dal sofferto spoglio: la durata della difesa è in rapporto all'entità dell'istituto che ne è protetto.

2. Il possesso *legittimo,* oltrechè dall'azione di reintegrazione (*C. 697*), è pure specialmente guarentito dall'azione di *manuten-*

zione: la presunzione del diritto che è contenuta nel possesso, giustifica l'estensione. Per instituirla occorre un possesso *oltre-annale,* e ciò onde maggiore convalidamento abbia la detta presunzione: potendosi altrimenti dare il caso di chi instituisse l'azione a guarentigia di un possesso legittimo, che, per non essere spirato l'anno, altri poi avesse diritto a togliergli. Si dà solo a proteggere: *a*) il possesso legittimo di un *immobile; b*) o di un *diritto reale su di esso:* i mobili ne sono esclusi, sia in vista dell'effetto speciale che la buona fede del terzo produce rispetto ad essi (v. § 125), sia per la tenue importanza loro attribuita in conspetto agli immobili; tale considerazione non ha luogo, e perciò l'azione di manutenzione è proponibile, per *c*) la *universalità di mobili:* la storia di questa eccezione insegna come si tratti *solo* di *universalità di diritto,* della eredità, ed il motivo ne è la importanza, il valore che può avere; cotesta universalità forma un tutto definito, certo, mentre ciò non avviene per le *universalità di fatto* (v. pure ***C. 926***). L'azione di manutenzione si può promovere a causa di *molestie* ingiustamente date, siano esse di fatto, oppure di diritto, onde il possessore legittimo abbia turbamento, o soffra spoglio; e per il carattere che il possesso ha, la cosa può essere chiesta contro *qualunque* persona ne sia al possesso, al momento della instituita azione, che è *reale.* Il termine per instituirla è di *un anno* dalla molestia, perchè un maggior ritardo farebbe giustamente cadere la presunzione dell'esistenza del diritto: se più fossero le molestie, o vi fosse un nesso essenziale fra loro, attalchè l'ultimo atto paresse continuazione del primo, l'anno imprenderebbe a decorrere dalla data dell'ultimo; o no, e allora l'anno decorrerebbe separatamente da e per ognuno degli atti.

3. Il possessore di *buona fede* non ha difese distinte da quelle date al possesso legittimo: ma come garanzia per il diritto suo al rimborso delle spese pei miglioramenti realmente fatti e sussistenti, gli compete il *diritto di ritenzione dei beni*, ove concorrano le due condizioni seguenti: *a*) *sia domandato il rimborso* nel giudizio di rivendicazione; *b*) *sia fornita qualche prova* della sussistenza in genere dei miglioramenti (***C. 706***). Il possessore di mala fede ha diritto al rimborso, ma non ha cotesta guarentigia che dipende dalla *buona fede* in sè: d'altronde, egli non può far suoi i frutti,

e però il debito ch'egli ha per mal percepiti può essere compensato col credito suo per i miglioramenti.

4. Le due azioni di *reintegrazione* e di *manutenzione* (che il possessore *legittimo* può intentare nel medesimo atto, perchè nessuna incompatibilità vi ha fra di esse, e l'effetto dell'una può essere anzi preparatorio a quello dell'altra) oltre la nota comune dell'estinzione quando non vengano esercitate entro l'anno, hanno pur questo, che contro di esse non può essere eccepita l'*esistenza* di un *diritto* preteso dal convenuto sopra la stessa cosa della quale si contende in via possessoria; il giudizio possessorio non va confuso col petitorio (*C. p. c.* ***443***). Ciò deriva dall'istituto del *possesso*, indipendente dal *diritto* del quale è l'apparenza: ma non vieta che i titoli di proprietà possano essere tolti in considerazione nel giudizio possessorio, al solo scopo di caratterizzare il possesso (*ad colorandam possessionem*).

CAPITOLO III.

Della proprietà.

§ 127. — *Concetto di essa: oggetto suo e limitazioni.*

Windscheid, §§ 167, 168; Vangerow, §§ 295 e seg.; Brinz, § 130; Dernburg, *Pand.*, I, §§ 192 e segg.; Arndts-Serafini, § 130; Förster, I, §§ 166 e segg.; Dernburg, I, § 215; Stobbe, §§ 78 e segg.; Siebenhaar, §§ 185 e segg.; Aubry et Rau, §§ 190 e segg.; Laurent, VI, 100 e segg.

D., *de adq. rer. dom.* (XLI, 1).

C. c. it., art. 436-442; C. c. fr., a. 544-546, 646-648; Cod. civ. austr., §§ 353-379; C. c. sass., §§ 217 e segg.; C. c. neerl., a. 625-638; C. c. port., a. 2167-2174; C. c. della Rep. Arg., a. 2506-2523; C. c. del mess., a. 827-832; C. c. dell'Urug., a. 438-455; C. c. del Guat., a. 513-515; Cod. c. del Chilì a. 582-588. V. pure il Prog. del Cod. civ. german., §§ 848 e segg.

1. La ***proprietà è quel rapporto fra la persona e la cosa, per cui questa è soggetta alla potestà diretta assoluta ed esclusiva di quella (C. 436: plena in re potestas)***: la disposizione ***assoluta*** che il ***proprietario*** ha, gli consente il potere di ***fare*** della cosa quanto meglio stimi, e perchè è ***esclusiva***, impedisce che altri possa col suo intervento nuocere in modo alcuno a siffatta libertà ed ampiezza di azione. Così il concetto di proprietà non risulta dalla

somma o dalla interezza di quanti diritti speciali (poteri) si possano esercitare sulla cosa: non è un prodotto nella cui composizione questi diritti si possano scernere come elementi distinti, ed è solo il potere assoluto (come si disse) ed esclusivo, che abbraccia, investe tutta la cosa. Certo, si possono su questa consentire ad altre persone poteri in forza dei quali il diritto del proprietario perde di estensione: ma essi non esistono come se staccati dalla proprietà riabbiano vita indipendente, e costituiscono degli *oneri* gravanti la proprietà, il cui concetto, la cui esistenza ne è necessariamente supposta, e che col cessare di essi ridiventa libera, riottiene la estensione primitiva. Di tal potere, il carattere di *assoluto* è ben designato dal diritto riconosciuto al proprietario del suolo a tutto lo spazio sovrastante a questo, ed a quanto gli è sottoposto (*C.* ***440***): dal suo diritto a chiudere il terreno che n'è oggetto (*C.* ***442***), nonchè dal poter fare sul suolo qualsiasi costruzione e piantagione, e disotto al suolo qualunque costruzione e scavamento, e trarne tutti i prodotti possibili (*C.* ***447***); ed il carattere di *esclusivo* è dimostrato dal non poter essere nessuno costretto a cedere la sua proprietà, od a permettere che altri ne faccia uso, *a*) se non per causa di utilità pubblica, e, *b*) *premesso* il pagamento di una giusta indennità (*C.* ***438***): materia questa regolata da legge speciale.

2. La parola *proprietà* parrebbe potersi estendere a designare il rapporto, ch'essa contiene, con qualunque cosa, corporale cioè od incorporale; tant'è, che si dicono oggetto di possesso legittimo tutte le cose di cui si possa acquistare la *proprietà*, e con tale possesso si acquistano validamente anche le *servitù* continue ed apparenti (*C.* ***690***), e la cessione del credito contiene il trasferimento della proprietà di questo (*C.* ***1538***). Pure si è sempre giustamente ristretto l'uso di essa voce solo alle cose *corporali:* i diritti reali sono infatti *pesi* sulla proprietà, ed i personali non hanno la estensione che questa ha.

Oggetto della proprietà possono essere le cose immobili e le mobili, salvo che per queste il potere esclusivo è moderato dalla regola che il possesso di buona fede val titolo (*C.* ***707***); e in qualche caso lo sono pure i prodotti immateriali, ciò che avviene per le produzioni dell'ingegno, le quali appartengono ai loro autori secondo le norme stabilite da leggi speciali (*C.* ***437***).

L'estensione del contenuto della proprietà può aver modificazione per opera dell'*uomo* (*C.* ***442, 447***), quando il proprietario acconsenta a che un peso sia imposto sulla cosa; o dalla *legge*, in due casi: *a*) quando nell'interesse del viver civile onde impedire conflitti continui del diritto, regola i rapporti detti di *buona vicinanza:* e quando (*C.* ***447*** al.), *b*) nell'interesse dell'*agricoltura* dà causa a rapporti di vere servitù (*passaggio, acquedotto necessario*). Delle due specie di modificazione che la legge può statuire, la prima è solo *regolamento dell'esercizio del diritto fra vicini,* e però non ha carattere di *servitù.*

§ 128. — Cont., *Distinzioni.*

La *proprietà* può essere distinta secondo la natura del titolo del suo trasferimento, in *revocabile* ed *irrevocabile* (§ 113); secondo la persona cui appartiene (e qui valgono le distinzioni date in ordine ai beni (§§ 47-52); secondo la natura delle cose che ne possono essere oggetto (§§ cit.): nella proprietà *immobiliare* è notevole la distinzione fra la proprietà del *suolo* e quella del *sottosuolo*, che (p. es. nelle miniere) possono appartenere a due proprietari diversi.

È a notare come la distinzione fra dominio *utile* e dominio *diretto* è d'uopo sia ricordata nel diritto odierno: i casi nei quali veniva fatta (p. es. enfiteusi), dànno è vero al soggetto del *dominio* detto *utile*, non un diritto di proprietà, anche limitato al godimento della cosa, ma semplicemente con peso sulla cosa altrui; pure, la distinzione anzidetta ha influito sulla determinazione di alcuni diritti dati all'enfiteuta (*C.* ***1561*** al., ***1562***).

§ 129. — *Acquisto della proprietà.*

Windscheid, § 170; Vangerow, §§ 316 e seg.; Brinz, § 147; Dernburg, *Pand.*, I, § 201; Arndts-Serafini, §§ 144 e segg.; Förster, III, §§ 172-174; Dernburg, §§ 225 e segg.; Siebenhaar, § 189; Aubry et Rau, § 200.
V. fonti leg. cit. nei §§ segg. Cons. il Prog. del Cod. civ. germ., §§ 848-928.

L'acquisto della proprietà ha luogo *derivativamente* (acquisto *derivativo*) per la *trasmissione* fattane dal soggetto anteriore il quale se ne spogli per conferirla altrui: ed *originariamente* (acquisto *originario*) per la *costituzione* avvenutane sia in dipendenza

della proprietà già esistente cui l'acquisto della nuova si connetta, sia direttamente (*C. 710*).

A. — *Acquisto originario in dipendenza della proprietà.*

§ 130. — *Frutti.*

WINDSCHEID, § 186; VANGEROW, § 312; BRINZ, § 145; ARNDTS-SERAFINI, l. cit.; SIEBENHAAR, § 191; AUBRY et RAU, § 192, 3°.
Cod. civ. it., a. 443-475; C. c. fr., a. 546-577; C. c. austr., §§ 404-422; C. c. sass., §§ 227 e segg.; C. c. neerl., a. 639, 643-664; C. c. port., a. 2287-2316; C. c. della Rep. Arg., a. 2571-2600; C. c. del Mess., art. 869-918; Cod. c. dell'Ur., a. 693-719; C. c. del Guat., a. 580-628; Cod. civ. del Chilì, art. 643-669.

L'acquisto *originario* della proprietà in dipendenza di un diritto di proprietà preesistente, ha per oggetto quanto si unisce a questa ultima, se rispetto alla cosa a lei unita può essere considerata come principale: allora vale il principio che l'accessorio cede al principale, e però il proprietario di questo dovrà esserlo pure di quello. Così è, che l'*accessione* non è per sè modo di acquisto, sebbene, coll'avere la cosa accessoria si abbia un *acquisto* ; è la proprietà che si estende.

La legge dà il nome di *accessione* per significare l'attribuzione del diritto che la proprietà di una cosa mobile od immobile dà, 1) su quanto essa produce, e 2) su quanto vi si unisce naturalmente o con l'arte (*C. 443*) : anche nella specie di *prodotto* dalla *cosa principale*, si manifesta il concetto di dipendenza, di estensione della proprietà già esistente.

I *prodotti* della cosa si distinguono in *frutti* e *prodotti* specialmente detti, sebbene nella sua larghezza la parola prodotti comprenda anche i frutti: e la legge chiama frutti (*C. 444*, 1° al.) le cose che propriamente vanno dette *prodotti* (miniere, cave, torbiere) perchè non si riproducono a tornate periodiche di tempo. Di regola i frutti appartengono al proprietario: pure, può avvenire che *terze persone* abbiano diritto su essi, come si ha nell'usufrutto, e nel possesso di buona fede (§ 120) ; può anche avvenire che in occasione di essi al proprietario incombano obbligazioni verso i terzi, e allora vale il principio « *non sunt fructus nisi deductis impensis* »: così, le spese di coltura, delle sementi e delle

opere che i terzi avessero fatto per ottenere i frutti, si debbono dedurre dall'importare di questi, perchè senza tali spese non si sarebbero avuti, e perciò il proprietario che raccoglie i frutti, è obbligato a rimborsarne il terzo che le ha fatte (*C.* ***445***). Che se le spese superassero i frutti, il proprietario oltre l'ammontare di questi non è obbligato: mancherebbe arricchimento con danno altrui, ossia il principio generale determinante la sua obbligazione.

§ 131. — *Dell'*unione *alla cosa principale.*

WINDSCHEID, §§ 188-190; VANGEROW, §§ 329-331; BRINZ, § 146; DERNBURG, *Pand.*, I, §§ 205 e segg.; FÖRSTER, III, § 176; SIEBENHAAR, §§ 193 e segg.; AUBRY et RAU, §§ 203-205; LAURENT, VI, 182-320.
V. fonti leg. cit. nel § precedente.

La seconda forma di accessione ha luogo quando una cosa venga *unita* ad altra ch'è *principale* (*C.* ***446***), a modo da non poter più esistere separatamente: posto tal criterio, ove l'estremo in esso contenuto manchi, oppure venga a mancare, manca o cessa l'acquisto per accessione. Questa va considerata relativamente alle cose *immobili* ed alle *mobili*, e si distingue in *naturale* od *artificiale*, secondochè avviene per fatto della natura o per opera dell'uomo (*C.* ***443***).

α) *Accessione artificiale relativamente agli immobili.*

1. Stante il diritto assoluto che gli compete sul suolo (§§ 127, 128), il proprietario può farvi qualunque piantagione (sul soprasuolo) o costruzione (nel suòlo o sotto suolo): l'esistenza di esse fa presumere che rappresentino solo l'esercizio di tal diritto, e però che *a*) il proprietario le abbia fatte e gli appartengano, e *b*) che le abbia fatte a sue spese e con materiali propri. La presunzione cede dinanzi alla prova contraria (*C.* ***448***), dalla quale può risultare: *a*) che le piantagioni o costruzioni esistenti vennero fatte ed appartengano ad altri (p. es. *prescrizione; d. di superficie*); oppure, *b*) che vennero fatte *a spese altrui*, o con *materiali altrui* senza pregiudizio in ogni caso dei diritti appartenenti ai terzi per legittimo acquisto (*C.* ***448***). Nella seconda delle due ipotesi ora accennate, il *terzo* a cui spese, o mediante i cui materiali ebbe luogo la piantagione o costruzione, non avrà un diritto reale su queste, ma un diritto di obbligazione contro il proprietario al quale

appartengono, perchè, considerato il *suolo* come cosa principale, cedono ad esso le costruzioni o piantagioni che vi si fanno. Si distinguono in proposito tre ipotesi:

a) *Quando il proprietario del suolo abbia fatto con materiali altrui* le *costruzioni, piantagioni od opere*, la proprietà di queste gli appartiene per l'avvenuta accessione: perciò il proprietario dei materiali non potrà rivendicarli, ma ha diritto al valore ch'essi avevano al tempo in cui vennero adoperati, a meno che il proprietario non fosse terzo possessore di buona fede (*C. 707*): che se egli se ne fosse servito in mala fede, o con colpa grave, dovrà pure il risarcimento dei danni (*C. 449*). Tuttavia, il proprietario dei materiali potrebbe rivendicarli quando potesse levarli senza distruggere l'opera costrutta, o far perire la piantagione (*C. 449*), giacchè in tal caso parrebbe che i materiali non avessero perduto la loro esistenza particolare, e non abbia perciò luogo l'accessione o l'acquisto. All'infuori di questo caso, non ha diritto a levarli: neppure se l'edificio rovinasse: l'avvenuta accessione ha estinto il suo diritto di proprietà.

b) *Quando le piantagioni, costruzioni od opere sono state fatte da un terzo e con suoi materiali*, appartengono per accessione al proprietario del suolo: ma nei rapporti suoi col costruttore, si deve distinguere il caso del terzo che le abbia fatte in *buona fede*, e del terzo che le abbia fatte in *mala fede*; nel primo caso, per un riguardo dovuto a chi agiva come esercente un vero diritto, il proprietario *deve pagare* a sua scelta il valore dei materiali ed il prezzo della mano d'opera, oppure l'aumento di valore recato al fondo (*C. 450* al. 3, e 2); nel secondo caso ha la scelta fra il diritto di ritenerle, e allora deve il compenso secondo la norma or data, ed il diritto di obbligare chi le ha fatte a levarle a proprie spese senza alcuna indennità a suo favore, e coll'obbligo del risarcimento del danno recato (*C. 450*). Stante questo diritto di scelta spettante al proprietario del fondo, il costruttore di mala fede che di suo arbitrio levasse la costruzione (o piantagione, od opera) fatta, sarebbe obbligato ai danni.

c) *Se le piantagioni, fabbriche od altre opere siano state fatte da un terzo con materia altrui* (*C. 451*) la proprietà ne cede al suolo, e si hanno a distinguere: 1) rapporti del proprietario del suolo col terzo costruttore, che sono regolati dalle norme enunciate

(v. *c*); 2) rapporti del proprietario del suolo col padrone dei materiali, il quale non ha verso lui alcun diritto, e solo per il diritto appartenente in genere al creditore (*C. 1234*) può agire sul prezzo ch'egli dovesse al terzo costruttore, ove ritenesse la costruzione, piantagione ad opera fatta; 3) rapporto del terzo costruttore col proprietario dei materiali: è tenuto, a meno che non fosse terzo possessore in buona fede, al risarcimento dei danni.

Le norme sulla costruzione fatta in buona fede su terreno altrui (v. *b*), hanno eccezione nel caso di occupazione in buona fede di *porzione* del fondo attiguo, avvenuta nella costruzione di un *edificio:* quando, *a*) nell'*edifizio* (non in altra costruzione) elevato parte sul suolo proprio del costruttore, parte sul suolo altrui, *b*) in buona fede sia stata occupata la porzione del terreno attiguo, *c*) e perciò a saputa e senza opposizione del proprietario, il costruttore può instare presso l'*autorità giudiziaria* affinchè *dichiari* la sua proprietà sull'edificio e sul suolo occupato. L'autorità giudiziaria esamina se le circostanze notate concorrano: valuterà specialmente il rapporto fra la parte di terreno altrui e quella di terreno proprio, sulle quali l'edificio è costruito; esaminerà se vi sia *buona fede*, e questa esiste nella presente ipotesi, come lo spirito della legislazione accerta, quando vi abbia *errore dipendente da confusione di limiti;* e concorrendo gli estremi accennati, *dichiarerà la proprietà* del costruttore, il quale è tenuto a pagare al proprietario del suolo il *doppio* valore del suolo (o sottosuolo) occupato ed il risarcimento dei danni. Il costruttore può non valersi del diritto che ha, ed allora i rapporti col proprietario del suolo sono governati dalle regole sull'accessione.

§ 132. — B) *Accessione* naturale *relativamente agli immobili. Accessioni fluviali.*

WINDSCHEID, § 185; VANGEROW, § 328; e fonti cit. nel § precedente. *Adde:* PAMPALONI, *Sopra l'isola formata per avulsione nei fiumi* (1885): cfr. LANDUCCI, *L'avulsio* (in A. giur., XXXI, 157 e segg.).
V. fonti leg. cit. nel § prec.

1. Il fondo costeggiato da un'acqua corrente può avere accrescimento dalla terra che l'acqua stessa vi abbia trasportato, o nella parte di alveo o nell'alveo intero che l'acqua ha abbandonato; il ter-

reno di cui il fondo rivierasco è accresciuto non dà luogo a proprietà distinta, perchè considerato come naturale *continuazione* di esso: ed appartiene al proprietario del fondo. Cotesta accessione non ha luogo riguardo ai laghi ed agli stagni (*C.* **455**), perchè il livello dato dall'altezza del loro sbocco, costituisce un *limite* determinato, costante; cosicchè se l'acqua scemasse, lasciando terreno scoperto al disotto dello sbocco, non perciò il proprietario del terreno rivierasco ne acquisterebbe la proprietà per accessione, e se l'acqua in casi di straordinaria crescenza occupasse terreno al disopra, non perciò esso sarebbe perduto per il proprietario: l'acquisto può nei due casi aver luogo colla prescrizione di trent'anni, concorrendo gli altri estremi necessari (possesso *legittimo*). Non può del pari aver luogo rispetto ai terreni abbandonati dal mare, che appartengono ai beni *demaniali* dello Stato (*C.* **454** al.).

L'accessione naturale è fondata sul medesimo principio ch' è base dell'artificiale: la cosa accessoria deve cedere alla principale. Le due accessioni differiscono in ciò, che il proprietario del fondo a cui vantaggio l'accessione opera, non deve alcuna indennità al proprietario del fondo a cui danno ebbe luogo, dipendendo dal fatto naturale la causa del vantaggio e del danno. Dell'accessione naturale in parola (*fluviale*), si dànno le forme diverse seguenti:

a) l'*alluvione*, costituita dalle unioni di terra ed incrementi che accedono *nei fondi posti lungo le rive dei fiumi o torrenti* (f. rivieraschi) formandosi *successivamente* ed *impercettibilmente;* essa cede a favore di questi fondi, senza distinguere se il fiume o torrente siano atti alla navigazione od al trasporto (con l'obbligo quando lo siano, di lasciare il marciapiede o sentiero secondo i regolamenti, *C.* **453**);

b) affine all'alluvione è il caso del *terreno abbandonato* dall'acqua corrente: quando questa si ritiri da una delle rive portandosi sull'altra, e *l'abbandono avvenga insensibilmente*, il terreno scoperto appartiene al fondo cui aderisce, senza che il confinante della riva opposta *possa reclamare* il terreno perduto (*C.* **454**; v. il § pres. in princ.).

c) l'*avulsione* avviene quando un fiume o torrente per *istantanea forza* stacca una parte *considerevole* e *riconoscibile* (mancando i due estremi si avrebbe l'alluvione) di un fondo contiguo

al suo corso, e lo trasporta verso un fondo inferiore o verso l'opposta riva, e ve la *unisce* o ve la *sovrappone*. Stante la *riconoscibilità* e la *considerevolezza* del terreno staccato, è dato il diritto al proprietario del fondo da cui si staccò, di reclamarne la proprietà al *solo scopo* di asportarne la terra, avulsa in una agli alberi che vi fossero: ma, essendo cotesto diritto eccezione al principio determinante l'acquisto per l'accessione, ne è limitato l'esercizio ad un anno. Trascorso questo termine, la domanda non è più ammessibile, a meno che il proprietario del fondo cui la parte staccata si unì o sovrappose, non ne avesse ancora preso possesso (*C.* **456**).

d) Le *isole, isolette, ed unioni di terra* si formano nei letti dei fiumi, le prime (isole ed isolette) per abbassamento del livello dell'acqua che lascia scoperto un tratto di alveo circondato all'intorno dall'acqua, le altre coll'accumulamento di materie trasportate dalle acque dalle quali è circondato. Quando la loro formazione avvenga nel letto di fiumi o torrenti navigabili od atti al trasporto, esse appartengono, in vista dell'interesse generale, allo Stato come beni patrimoniali, e perciò gli si può opporre dal privato il titolo o la prescrizione (*C.* **457**): se si formano in fiumi o torrenti non navigabili nè atti al trasporto, appartengono ai fondi fronteggianti in virtù dell'*accessione* (*C.* **458**). Le accessioni che estendessero l'isola od unione di terra, essendone la continuazione, appartengono al fondo al quale l'isola stessa accede.

A. Quando l'isola si formasse con terreno staccato per forza istantanea dalla riva e fosse trasportata nel fiume o torrente, il proprietario del fondo ne conserva la proprietà, cosicchè l'acquisto allo Stato od ai proprietari fronteggianti non ha luogo (*C.* **459**): ma, in vista dei bisogni del commercio, quando il fiume od il torrente fosse navigabile od atto al trasporto, lo Stato può farsene cedere la proprietà, *mediante pagamento di una indennità proporzionata* (*C.* **459** al.).

B. Del pari, quando l'isola fosse formata dal fiume che, cangiando corso, attraversasse, o circondasse un fondo, il proprietario conserverebbe sempre il suo diritto, salvo allo Stato il diritto di farsene cedere la proprietà, mediante indennità proporzionata, quando il fiume fosse navigabile od atto al trasporto (*C.* **460**).

C. Il *letto naturalmente abbandonato* da un fiume o tor-

rente che se ne ha formato altro nuovo, appartiene per l'avvenuta accessione, e non per diritto preesistente, ai fondi fronteggianti (*C.* ***461***): se il fiume, sempre naturalmente, ritornasse all'alveo primitivo, o se ne formasse altro, l'alveo così abbandonato appartiene, secondo le norme date, ai proprietari fronteggianti.

2. Le ipotesi ora distinte di accessione fluviale hanno diverse norme comuni. La prima *a*) concerne l'*avvenimento* stesso dell'accessione: finchè non abbia effettivamente luogo, il *proprietario che ne ha danno* può impedire che avvenga: così lo Stato può impedire il formarsi delle alluvioni, ed i proprietari dei fondi nei quali un fiume minacciasse di formarsi un nuovo letto, possono impedire che ciò abbia luogo, anche facendosi autorizzare a costrurre direttamente gli ostacoli, quando i loro predii non fossero rivieraschi (arg. *C.* ***537***): non così quando l'alveo fosse totalmente abbandonato, essendone la proprietà già acquistata ad altri.

La seconda, *b*) ha luogo rispetto alla *divisione* delle accessioni quando esistessero a profitto di più fondi posti sulla stessa riva: appartengono ad essi giusta la lunghezza della linea che fronteggia il fiume. Se si trattasse di isola, isoletta od incrementi di terra, o di alveo abbandonato, per decidere a qual riva appartengano si bada alla posizione che occupano rispetto alla *linea mediana*, la linea ideale che suppone diviso il fiume (o l'alveo se questo è a dividere) nella sua larghezza in due parti uguali: se l'isola, isoletta od incrementi di terra (non così, s'intende, dell'alveo) son poste interamente fra la linea ed una delle rive, apparterranno del tutto ai fondi posti su questa: se sono traversate dalla linea, appartengono ai fondi di ciascuna delle due rive fronteggianti sino al limite che essa segna (*C.* ***450***), ed a ciascuno dei fondi in proporzione della lunghezza della loro fronte, determinata dalle perpendicolari che partendo dalla linea mediana, cadono sui punti estremi della fronte dei fondi stessi (*C.* ***458*** al.). Così va diviso l'alveo abbandonato (*C.* ***461***); e se fra l'isola appartenente tutta ai fondi di una riva e la riva opposta sorgesse un altra isola, oppure avvenisse cangiamento di alveo, vanno fissati secondo i criteri esposti i rapporti fra i proprietari dei fondi fronteggianti.

§ 133. — Continuazione. *Animali.*

V. fonti lez. cit. nel § prec.

Gli animali considerati dalla legge come beni immobili *per destinazione* (i piccioni della colombaia, i conigli delle conigliere ed i pesci delle peschiere cui sono destinati, *C. 413*) conservano tale carattere, finchè dura il rapporto (di cosa *accessoria*) che li unisce all'immobile. Quando l'unione finisce col passare di essi *naturalmente* ad altra colombaia, conigliera o peschiera, vi *accedono*, ed il proprietario di questa li fa suoi (*C. 462*) : ma se vi fossero stati attirati con arte o frode, non si avrebbe accessione (*C. 462* in f.).

§ 134. — β) *L'accessione relativamente ai mobili.*

V. fonti cit. nel § prec.

La legge stabilisce come principio generale, che l'accessione relativamente alle cose mobili è regolata dai principii dell'equità naturale, cosicchè le risoluzioni ch'essa dà valgono pei casi non preveduti secondo particolari circostanze (*C. 463*). Valgono anche qui i criteri generali dati sull'accessione ; la quale in ordine ai mobili ha ben ristretta importanza, di fronte all'effetto del possesso di buona fede per il terzo possessore (*C. 707*). Le forme che l'accessione in ordine ai mobili può togliere, sono:

a) l'*unione:* che avviene quando due mobili appartenenti a diversi proprietari sono stati uniti in guisa da formare un sol tutto; in tal caso, o, α) sono ambidue separabili senza notevole deterioramento, e allora, non avendo essi perduto la loro esistenza individuale, non vi ha accessione, e però ciascheduno dei proprietari ritiene la proprietà della cosa sua, e può chiederne la separazione; oppure, β) non si possono separare senza notevole deterioramento, e allora il tutto appartiene (giusta il contenuto dell'accessione) al proprietario della cosa che ne forma la parte principale con l'obbligo di pagare all'altro il valore della cosa che vi fu unita (*C. 464*). È *principale* la parte del tutto alla quale l'altra venne unita solo per suo uso, ornamento, o compimento (*C. 465*); ma se la cosa unita fosse molto più preziosa della principale, e fosse stata adoperata senza l'assenti-

mento del proprietario, questi ha la scelta o di appropriarsi il tutto, pagando al proprietario della cosa principale il valore di essa, oppure di chiedere la separazione delle cose unite, sebbene l'altra possa averne deterioramento (*C. 466*). Che se poi delle due cose unite per formare un sol tutto, l'una non possa essere riputata accessoria dell'altra, si reputa *principale* quella che è più notevole per valore: ovvero per volume, nel caso di valori approssimativamente uguali (*C. 467*);

b) la *mescolanza:* avviene quando diverse materie spettanti a diversi proprietari sono state unite; o, α) si possono separare, ed il proprietario che non assentì alla mescolanza, ha diritto ad ottenere la separazione della cosa sua; oppure, β) non si possono separare menomamente, o senza danno, e la proprietà diventa *comune* in proporzione del valore delle materie spettanti a ciascuno (*C. 471*), e allora ciascheduno di essi (trattandosi di cosa non divisibile) può dimandarne la vendita all' incanto a vantaggio e spese comuni (*C. 473*). Questo secondo caso è soggetto ad eccezione: 1. quando la materia spettante ad uno dei proprietarii potesse essere riputata come *principale*, 2. oppure fosse di molto superiore all' altra in valore, e nell' uno o nell' altro di questi due casi le materie non potessero più separarsi o la separazione cagionasse deterioramento, il proprietario della materia prevalente ha diritto alla proprietà della cosa prodotta dalla mescolanza, pagando all' altro il valore della sua materia (*C. 472*);

c) la *specificazione* (v. § 137).

2. I modi suaccennati di accessione hanno diverse *regole comuni:* 1) l'acquisto non ha luogo se l'accessione non siasi effettuata (v. *a* in pr.); 2) nei casi in cui il proprietario della materia adoperata senza il suo assenso può reclamare la proprietà della cosa, egli ha la scelta di farsi restituire altrettanta materia della stessa qualità, o il valore della medesima (*C. 474*); 3) il proprietario della materia unita ha diritto al valore di essa, 4) ed anche al risarcimento dei danni, salvo l'esercizio dell'azione penale quando sia il caso (*C. 475*); 5) finalmente, le norme suenunciate hanno luogo quando l'unione o la mescolanza o la specificazione avvengano *senza l'assenso* di uno dei proprietari; diversamente, il prodotto che ne risulta sarebbe proprietà comune di essi.

C. — *Acquisto originario indipendentemente da proprietà anteriore.*

§ 135. — *Occupazione.*

Windscheid, § 184; Vangerow, § 308; Brinz, § 148; Arndts-Serafini, l. cit.; Dernburg, *Pand.*, § 203; Dernburg, l. cit.; Förster, l. cit.; Aubry et Rau, § 201: Laurent, VIII, 437-446.

Cod. c. it., a. 711-719; C. c. fr., a. 711-717; C. c. austr., §§ 380-403; C. c. sass., §§ cit.; C. c. neerl. a. 640-642; C. c. port., a. 383-427; C. c. della Rep. Arg., a. 2525-2566; C. c. del Mess., 833-866; C. c. dell'Ur., a. 668-692; Cod. c. del Guat., art. 542-565; C. c. del Chilì, art. 606-642.

Mentre l'acquisto originario in dipendenza di proprietà anteriore, è determinato da questa, e però non dà origine ad una nuova proprietà, in quello che ne è indipendente ne è causa un fatto dell'uomo che per sè direttamente vi conduce.

Il primo modo di tale acquisto si ha nell'*occupazione*, l'apprensione di una cosa che attualmente non è, ma può diventare proprietà di alcuno (*res nullius*), fatta da persona capace, con l'animo di tenerla come propria (*C. 711*): con l'occupazione si acquista la proprietà della cosa (*C. 710*). Alle cose *occupabili* appartengono: *a*) gli *animali*, che formano oggetto di *caccia* e di *pesca*; *b*) il tesoro; *c*) le cose mobili abbandonate.

1. Gli *animali* si distinguono in *selvatici, mansuefatti* e *domestici*.

L'*occupazione*, con la quale si acquista la proprietà degli animali selvatici non appartenenti ad alcuno, *res nullius*, toglie nome di *caccia* e di *pesca;* l'esercizio ne è governato da leggi speciali (*C. 712*). Non è lecito introdursi nel fondo altrui per l'esercizio della caccia contro il divieto del possessore; perciò la caccia avvenuta nel fondo altrui da chi vi si fosse introdotto senza tal consenso, mentre dà all'occupante la proprietà dell'animale, l'obbliga al risarcimento dei danni verso il possessore (*C. 712* al.). La proprietà di questi animali si perde non appena essi abbiano riacquistato la loro naturale libertà, e però da questo momento ridiventano, *res nullius*, nuovamente occupabili; ma trattandosi di *sciami di api*, il *proprietario* ha diritto di inseguirli nel fondo altrui, coll'obbligo di risarcire il danno al possessore di esso: solo quando non li abbia

inseguiti entro *due giorni,* od abbia cessato durante due giorni dall'inseguirli, il possessore del fondo potrà prenderli e ritenerli essendo diventati, per la presunzione di abbandono, *res nullius* (*C.* ***713***).

La proprietà degli animali *mansuefatti* (salva la eccezione in ordine all'accessione *C.* ***462***) si estingue quando il proprietario ne abbia perduto la custodia, ed altri li abbia *presi* e *ritenuti,* senza che dentro venti giorni da questo fatto il proprietario li abbia reclamati: decorso questo termine, appartengono a chi li ha occupati (*C.* ***713*** al.). È lecito al proprietario inseguire nel fondo altrui gli animali mansuefatti che gli appartengono, ma dovrà risarcire del danno il possessore del medesimo.

2. Dicesi *tesoro* qualunque oggetto mobile di pregio, che sia nascosto o sotterrato (senza distinguere se il deposito ne sia o no recente), e del quale nessuno possa provare di essere padrone (*C.* ***714*** al.). Esso costituisce una cosa mobile per natura, affatto indipendente del fondo nel quale è depositato (a differenza di quanto si ha nell'accessione); perciò l'usufruttuario non vi ha diritto, (*C.* ***494***): se la legge ne attribuisce la proprietà al proprietario del fondo, ciò avviene perchè, dovendola attribuire ad alcuno, parve più giusto assegnarla a lui, salve contrarie le convenzioni fra proprietario ed inventore. Se poi l'*inventore* (ritrovatore) del tesoro fosse un terzo, e l'invenzione sia solo effetto del caso (*C.* ***714***), il tesoro gli è attribuito per metà, appartenendo per l'altra metà al proprietario del fondo; la proprietà del tesoro già ritrovato può essere reclamata da altri che provi appartenergli, entro il termine ordinario che decorre dal giorno della invenzione, ma il proprietario del fondo può opporre il possesso come terzo di buona fede (*C.* ***707***), se il fondo gli venne venduto, e *mostrato* il tesoro che vi è nascosto, od il luogo dove certamente possa trovarlo; la semplice scienza che il tesoro vi esista, od il mostrargli il sito dove lo *si crede* sotterrato, non basta a che egli ne abbia acquistata la fisica disponibilità.

§ 136. — *Cose abbandonate: cose smarrite.*

V. fonti cit. nel § precedente.

3. *Le cose abbandonate* dal proprietario con l'intendimento di spogliarsene assolutamente (*res derelictae*), sono occupabili, ed appartengono al primo occupante: differiscono in ciò dalle cose *perdute,* delle quali esiste il proprietario, sia conosciuto, o no. In base a ciò, chi ha trovato l'oggetto mobile (che non sia *tesoro,* § 135), deve restituirlo al precedente possessore: se non lo conosce, deve senza ritardo consegnarlo al sindaco del luogo (*C.* ***715***), il quale rende nota la consegna anzidetta per mezzo di pubblicazione nelle forme consuete da rinnovarsi in due domeniche consecutive (*C.* ***716***). Quando le circostanze lo richieggano, può essere ordinata la vendita della cosa, e passati due anni dal giorno della seconda pubblicazione senza che il proprietario siasi presentato, la cosa, oppure il suo prezzo (qualora fosse stata venduta) appartiene in virtù della invenzione (*C.* ***717***) a chi l'ha ritrovata: se il proprietario si presenta nel termine fissato, ha obbligo di pagare a titolo di premio al ritrovatore, *se questi lo richiede,* il decimo della somma o del prezzo comune della cosa ritrovata; se tal somma o prezzo eccedesse le duemila lire, il premio per il sovrappiù è solamente del vigesimo, salva la convenzione contraria fra il proprietario ed il ritrovatore (*C.* ***718***). Il proprietario, quando si fosse presentato utilmente a reclamare la cosa, ed il ritrovatore, quando, per non essersi quello presentato, gli fosse attribuita la proprietà della cosa, sono obbligati, nel ripigliarla, a pagare tutte le spese occorse per essa (*C.* ***717*** al.).

A. I diritti sopra le *cose gettate in mare*, o sopra *quelle che il mare rigetta,* o sopra *le piante e le cose che crescono lungo le rive del mare,* sono regolati da leggi particolari (*C.* ***719***).

§ 137. — *Specificazione.*

WINDSCHEID, § 187; VANGEROW, § 310; BRINZ, § 149; DERNBURG, *Pand.*, I, 204; ARNDTS-SERAFINI, l. cit.; FÖRSTER, § 176; SIEBENHAAR, § 192; AUBRY et RAU, § cit.; LAURENT, l. cit.

V. fonti leg. cit. nel § 130: *Adde* C. c. port., a. 2315, 2316; C. c. della Rep. Arg., art. 2567-2570.

Specificazione è trasformazione di una cosa, ossia nuova forma (nuova specie), che le vien data per opera dell' artefice o d' altra persona che non ne sia proprietaria. Se dell'artefice, o d'altra persona, quando la trasformazione avvenga volente il proprietario, non è più questione sulla proprietà, che rimane a lui (a meno che i patti speciali non statuiscano il contrario); se invece la trasformazione avvenga non assenziente il proprietario della materia adoperata, si distingue il caso che l'artefice od altra persona abbia adoperato interamente materia altrui, dal caso in cui fosse adoperata materia in parte propria, in parte altrui:

a) Nella prima ipotesi, possa o no la materia adoperata riprendere la sua prima forma, la proprietà della *nuova specie* appartiene al proprietario della materia, dacchè senza questa nessuna specie si sarebbe potuta formare: ma con l'obbligo, non dovendo arricchire a detrimento altrui, di rimborsare chi trasformò la cosa del prezzo della mano d'opera (*C. 468*);

b) Nella seconda ipotesi, quando delle due materie adoperate *nè l'una nè l'altra fossero interamente trasformate*, ma l'una non potesse separarsi dall' altra senza guasto, la cosa rimane comune ai due proprietari, riguardo all'uno in ragione della materia che gli apparteneva, e riguardo all'altro in ragione della materia che gli apparteneva e della mano d'opera (*C. 469*). Se invece l'una e l'altra fossero intieramente trasformate (*arg. C. 468*, v. *a*) e § 135), combinando il criterio seguito che la materia prevalga alla industria, coi principii (che, posto tal criterio, sono necessariamente invocabili) dell'accessione, si ha che la nuova specie appartiene al proprietario della materia *principale*, il quale carattere sarà determinato dal maggior *valore* (non gli altri caratteri, trattandosi di materia *interamente* trasformata).

A. Tuttavia, malgrado le regole sulla prevalenza della materia, le due soluzioni enunciate vanno modificate *quando la mano d'opera fosse tanto pregevole da sorpassare di molto il valore della materia adoperata:* in tal caso la mano d'opera è considerata come *cosa principale*, e però l'artefice ha diritto di ritenere la cosa lavorata (*C. 470*). *Questo è il solo caso di vero acquisto per specificazione.*

B. Valgono pur qui le norme comuni date rispetto all'accessione di cose mobili (§ 135 in f.), sul diritto che nel caso di comproprietà ha ognuno dei soggetti a chiedere la vendita della cosa: sul diritto di scelta spettante al proprietario il quale reclama la proprietà della cosa: sull'obbligo di chi adopera materia altrui a pagarne il prezzo (*C. 470* in f.), e sull'obbligo al risarcimento dei danni, salvo l'esercizio dell'az. penale quando ne sia il caso.

§ 138. — *Della prescrizione.*

V. fonti cit. nel § 125.

Col possesso legittimo continuato per un dato tempo si acquista la proprietà; e cotesto modo di acquisto toglie nome di prescrizione *acquisitiva* (v. § 125: *C. 710*).

§ 139. — *Acquisto derivativo della proprietà. 1. Consenso.*

L'acquisto *derivativo* della proprietà è il contenuto della *successione*, tolta questa parola nel suo significato generale (v. il § 54). Esso ha luogo mediante il *consenso*, senza necessità veruna di tradizione: e risulta dalla *volontà* diretta a spogliarsi della proprietà perchè una persona determinata l'abbia, e della volontà che questa ha di farne acquisto. Il consenso, che esiste sebbene la manifestazione delle due volontà abbia luogo in tempi diversi, richiede, perchè sia valido, la *capacità* delle persone, le quali possono agire direttamente col ministero di un rappresentante; questi, se rappresentò il trasmittente, deve voler trasferire la cosa all' acquirente; e se l'acquirente, deve volerla acquistare a nome e nell'interesse del rappresentato: se non avesse tal volontà, ma non lo manifestasse, basterebbe la volontà del trasmittente di trasferirla all'acquirente o rappresentato,

perchè si presume che il rappresentante l'acquisti nella qualità che ha. La volontà deve convergere sulla identica *cosa*, della quale si vuol trasferire in altri la proprietà; se poi vi fosse dissonanza quanto al *titolo* (*iusta causa adquirendi dominî*), col quale s'intende effettuare il trasferimento (p. es., intendesse l'uno di vendita, l'altro di donazione), questa non avviene, a meno che il titolo cui il trasmittente ha inteso, sia tale che in ogni caso la proprietà debba passare nell'acquirente senza che su questi pesi perciò onere veruno. Talvolta, l'acquisto per mezzo di rappresentante ha luogo anche se egli non faccia motto della qualità sua: ciò avviene nel caso di *società universale* di beni, nei rapporti coi soci, presumendosi sia l'acquisto fatto nell'interesse comune.

L'acquisto può essere *condizionale* o *incondizionale:* valgono nel primo caso le regole date sulla condizione. Malgrado col solo consenso si effettui il trasferimento della proprietà, convien notare rispetto agl'immobili la necessità della scrittura (***C. 1314***); e le norme sulla validità dell'acquisto rispetto ai terzi. A rigore, è inesatto il dire che la cessione ha luogo senza il consenso libero nella espropriazione a causa di pubblica utilità: istituto per il quale lo Stato, nell'interesse generale, toglie ad una cosa la qualità di privata, senza che l'espropriato concorra punto all'atto.

§ 140. — *Fatto del proprietario.*

Allorchè il proprietario ha il suo fondo gravato di un peso a vantaggio di un altro fondo, ed è in forza del titolo tenuto alle spese necessarie per l'uso o la conservazione della servitù, gli è permesso liberarsene *abbandonando* il fondo servente *al proprietario del fondo dominante* (***C. 643***); facoltà che ha pure il partecipante ad una comunione che non voglia concorrere alle spese per la conservazione (e in qualche caso alla costruzione) della cosa comune (***C. 549, 560, 676***).

§ 141. — *La legge. Della sentenza del giudice.*

Anche per *legge* si può avere l'acquisto della proprietà; questa sua efficacia si manifesta nella *successione* legittima, basata sul

concetto della famiglia, meglio che sulla presunta volontà del *de cuius:* nell'attribuzione della proprietà del tesoro al proprietario del fondo ove quello è nascosto.

La *sentenza del giudice* non attribuisce proprietà della cosa, neppure quando si tratti di giudizii divisorii o di regolamento di confini: è dichiaratoria, postochè afferma un diritto preesistente.

§ 142. — *Successione ed altri modi di acquisto.*

Della *successione* propriamente detta e del legato, quali modi derivativi di acquisto, si dirà a suo luogo (*C. 710*); così pure dei contratti dai quali derivasse il diritto ad ottenere, in certe circostanze ed in data proporzione, il diritto di proprietà sulla cosa che ne fosse oggetto.

§ 143. — *Difese della proprietà. 1. Az. di rivendicazione.*

WINDSCHEID, § 196; VANGEROW, § 332; BRINZ, § 167 e segg.; ARNDTS-SERAFINI, §§ 166 e segg.; DERNBURG, *Pand.*, I, §§ 224-228; FÖRSTER, §§ 180, 181; SIEBENHAAR, §§ 203 e segg.; AUBRY et RAU, § 219; LAURENT, VI, 157-181.

V. fonti leg. cit. nel § 127. *Adde:* C. c. sass., §§ 295 e segg.; C. c. della Rep. Arg., art. 2756-2866; Cod. c. dell'Ur., a. 638-666; C. c. del Chilì, a. 889-903. Cons. Prog. del Cod. civ. german., §§ 929 e segg.

1. Il proprietario può valersi delle azioni date a tutela del possesso legittimo, semprechè agisca in termine ed abbia le altre condizioni richieste per tale esercizio: ciò porge a lui il vantaggio di evitare le grandi difficoltà della prova richiesta nell'istituire l'azione di *rivendicazione*, diretta alla tutela della proprietà.

L'azione di rivendicazione è il mezzo col quale è protetto il *diritto di proprietà* contro ogni violazione ingiustamente inferta. Essa appartiene al *proprietario* (ed a colui che ne ha la più legittima apparenza, ch'è il *possessore di buona fede*), contro qualunque possessore presso il quale si trovi la cosa, sebbene il convenuto si possa liberare solo enunciando il nome della persona nel cui nome possiede, perchè in tal caso si avrebbe solo il possesso esercitato mercè rappresentante (*C. 1582*). Dal che il suo carattere di *azione reale*.

2. L'azione di rivendicazione protegge la proprietà, qualunque cosa ne sia oggetto (*C. 439*), a meno che si tratti di mobili per

loro natura, o di titoli al portatore posseduti da un terzo di buona fede (*C.* ***707***), che non fossero esciti dal patrimonio del proprietario, mediante atto indipendente dalla sua volontà (*C.* ***708, 709***); anche una universalità di fatto, risultante da cose distinte, costituenti un tutto con nome solo (p. es., *un gregge*), tuttochè non suscettibile di possesso legittimo, lo è di proprietà, e però può essere rivendicata come tale.

3. Il proprietario che istituisce l'azione, deve anzitutto dimostrare il suo diritto di proprietà, nonchè quello dei propri autori: ed il *possesso* del convenuto, cioè il fatto che, offendendo il di lui diritto, dà luogo all'azione che lo guarentisce. Mancando l'una o l'altra delle due prove, manca uno degli estremi essenziali all'azione.

4. Il convenuto può eccepire: *a*) le nullità assolute del titolo presentato dall' attore, e anche le relative se fosse avente causa dello stesso autore dell'attore (*arg. C.* ***1302***); *b*) un diritto prevalente per l'avvenuta trascrizione se si tratta d'immobili, e se di mobili per l'avuto possesso in buona fede; *c*) l'avvenuta prescrizione a suo favore; *d*) l'esistenza di un altro diritto, dal quale consegua per il soggetto il possesso della cosa: p. es., usufrutto, pegno, enfiteusi, diritto di ritenzione; *e*) e, in materia speciale alla vendita, le conseguenze della massima *quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio*. L'eccezione non buona, non vale poi a supplire il difetto della prova cui l'attore è tenuto.

5. L'azione di rivendicazione, quando gli estremi necessari siano stati stabiliti dall'attore, produce i seguenti effetti: è dichiarato il diritto dell'attore, e l'obbligo del convenuto a dismettere il possesso con l'obbligo di render conto dei frutti in diversa misura, secondochè fosse possessore di buona o di mala fede. Se il possessore *dopo che gli venne intimata la domanda giudiziale, ha cessato per fatto proprio* di possedere la cosa, egli è obbligato a ricuperarla per l'attore a proprie spese, e, non potendo, a risarcirgliene il valore, senza che l'attore sia pregiudicato nel diritto di proporre invece la sua azione contro il nuovo possessore (*C.* ***439*** al.): qui non è a distinguere il caso della buona fede, che non si presume dopo la domanda giudiziale, e però, se pendente il giudizio la cosa fosse deteriorata o distrutta, il convenuto è liberato solo quando l'avvenimento sia stato casuale, ed avrebbe egual-

mente colpito la cosa se si fosse trovata presso il proprietario. La perdita del possesso *prima* della domanda giudiziale dà il diritto di proporre l'azione *solo* contro il nuovo possessore, mancando diversamente un estremo dell'azione; che se avvenne *dopo* istituita la domanda, e per *fatto altrui*, il giudizio non può continuare, fatta eccezione per il caso di espropriazione forzata, nel quale esso è chiuso coll'obbligo nel convenuto a pagare il prezzo avuto, od a cedere l'azione per conseguirlo (*C. 1149*). Non potrà continuare il giudizio di rivendicazione contro chi, non possedendo, dolosamente avesse accettato il giudizio come se possedesse: ma può il convenuto essere condannato al risarcimento del danno così cagionato.

§ 144. — *Azione negatoria.*

Windscheid, § 198; Vangerow, § 353; Brinz, § 171; Arndts-Serafini, § 169; e gli altri fonti cit. nel § precedente.
V. fonti leg. cit. nel § preced.

L'azione *negatoria* (az. *reale*) appartiene al proprietario a tutela del suo diritto contro chi voglia esercitare ingiustamente un *diritto sulla cosa:* differisce dall'azione di rivendicazione per la estensione diversa della efficacia rispettiva, e però del fatto che vi dà causa: quella difende la proprietà contestata, questa una pretesa diminuente gli effetti nascenti al proprietario dal diritto che ha. L'attore prova il suo diritto e la violazione avvenuta, ma non la ingiustizia di questa, presumendosi la libertà del fondo: contro la qual presunzione il convenuto può, eccependo alla domanda, dimostrare la esistenza del diritto preteso. Dall' azione negatoria consegue, che, dichiarata la libertà del fondo, il convenuto cui è fatto divieto dal non recare oltre molestia, è condannato nei danni, con l'obbligo di rimettere le cose nello stato anteriore alla violazione.

Oltre le azioni reali, nascono dalla proprietà altre azioni *personali*.

§ 145. — *Dell'azione pei confini.*

1. La necessità non solo d'ordine privato, ma generale, che le proprietà appartenenti a diversi siano distinte onde evitare continue liti ed il pericolo di vie di fatto, e lo siano in modo certo e per-

manente, ha dato origine all'azione competente al proprietario per obbligare il vicino, a che, a spese comuni, siano posti i termini fra le loro proprietà contigue (*C. 441*); l'azione è detta di *stabilimento di termini*.

2. È distinta da questa l'azione che il proprietario istituisce perchè, prima di stabilire i termini, sia accertato il confine che separa le due proprietà contigue; imperocchè, o pretende con la domanda di regolamento di confine sia questo stabilito oltre un tratto di terreno posseduto solo dal convenuto, e allora si ha la *rivendicazione* ch'è azione reale, nonchè l'altra di stabilimento di termine ch'è personale; o si tratta puramente di regolare il confine in una zona posseduta in comune, e questa è azione *personale,* tendente a dividere una cosa comune (v. § seg.).

§ 146. — *Azione per divisione di cose comuni: o di danno.*

Dalla comproprietà (comunione) nasce l'azione per divisione della cosa comune; azione personale, tendente a che sia compito uno degli obblighi dei partecipanti, la divisione.

Dalla proprietà nasce pure l'azione personale per danno dato alla cosa, o danno temuto: del che si dirà nel trattare delle *obbligazioni* nascenti da fatto illecito.

§ 147. — *Comproprietà.*

V. fonti cit. nel § 114. *Adde:* Prog. del Cod. civ. german., §§ 946-951.

Il potere assoluto ed esclusivo contenuto nel diritto di proprietà, si oppone a che questo sia da più persone avuto ed esercitato sulla medesima cosa, in modo da spettare a ciascheduna per l'intero: questo dominio di più *in solidum* è perciò giuridicamente impossisibile, ma non lo è invece il *condominio,* ossia diritto spettante a più sulla stessa cosa *indivisa,* cosicchè il diritto di ognuno è limitato ad una parte ideale sull'oggetto, la cui proprietà intera è data dall'unione dei diritti singoli. La *comproprietà* è adunque una forma della comunione, come il *compossesso,* ed è regolata dalle norme concernenti quest'ultima: può essere costituita dalla *volontà dei privati*, o dalla *legge*.

Sono applicazioni speciali di questo secondo caso gli istituti che seguono (muri, fossi, siepi comuni: piani di una medesima casa appartenenti a diversi proprietari).

§ 148. *Muro comune.*

AUBRY et RAU, § 222; LAURENT, VIII, 494-556.
Cod. c. it., a. 546-569; C. c. fr., a. 658-673; C. c. austr., §§ 854-858; C. c. neerl., a. 681-691, 706-712; C. c. port., 2328-2337; C. c. della Rep. Arg., a. 2717-2745; C. c. del Mess., a. 1101-1120; C. c. dell'Ur., a. 551-573; Cod. civ. del Guat., a. 1246-1265; Cod. c. del Chilì, art. 851-860.

1. La comunione del muro *divisorio* fra due proprietà contigue può essere costituita dalla *volontà* dei proprietari, se la costruzione venne fatta a spese comuni: e può esserlo pure dalla *legge*, che dà la facoltà al proprietario del fondo contiguo ad un muro di renderlo comune (*C. 556*), parendo cosa contraria all'utilità privata l'obbligare il proprietario del fondo a perdere area e materiali, addossando al muro esistente il muro che vuol costrurre. Questa la ragione della legge: perciò tal comunione, che è un diritto dato al proprietario che volesse valersene, non obbliga ad acquistarla: in caso di renuenza va pronunciata dall'autorità giudiziaria adita.

a) Non è a distinguere se il muro è costruito in città od in campagna, o se esso è divisorio di predii o di edificii, o secondo il modo col quale è costruito, o se è un muro innalzato su altro comune; ma la disposizione non si applica agli edifici destinati all'uso pubblico (*C. 556* al.), e ciò perchè la eleganza non ne sia offesa, e perchè siano meglio sicuri dagli incendi ed altri guasti. Le condizioni perchè il vicino si possa valere della facoltà accordatagli sono: *1*) la *contiguità* dei fondi; ma la legge autorizza la comunione coatta, anche se il muro disti meno di un metro e mezzo dal confine (*C. 571*), e però l'obbligo del proprietario cui appartiene, a cedere al vicino anche la striscia intermedia fra il terreno di questo ed il muro; *2*) la comunione può esser chiesta *in tutto* od *in parte*: ma in questo secondo caso è necessario lo sia per tutta la estensione del fondo contiguo nel fronteggiare il muro, perchè lungo tutta tal linea esso è divisorio, e presenta o può presentare quella utilità ch'è fondamento alla legge. Essendo questa la sola limitazione fatta all'acquisto parziale, sarebbe validamente

domandato l'acquisto del muro fino ad una data altezza (arg. *C.* ***546***, ***553***), ma non per un dato spessore, perchè, pagando meno, si avrebbe la utilità come acquistandolo intero; *3*) chi domanda la comunione deve premettere il pagamento (*C.* ***438***) di metà dell'intero valore del muro e del suolo su cui questo è costruito, oppure (se l'acquisto è in parte) del valore della parte che si vuol rendere comune e di metà del valore del suolo (*C.* ***556***); *4*) gli è pure imposto l'obbligo di eseguire le opere occorrenti per non danneggiare il vicino, perchè non è lecito dar ingiustamente danno ad altri; *5*) il vicino che ottenne la comunione ha diritto al muro nello stato in cui è, quando le opere che vi esistono non contraddicano al fine per il quale la comunione è resa obbligatoria.

b) Non è necessario che il proprietario chiedente la comunione, provi di avervi interesse, stante la presunzione fattane dalla legge.

I rapporti fra i due proprietarii sono regolati dalle norme sulla vendita; il proprietario che *vuole* la comunione, e tal *facoltà* è imprescrittibile, ha figura giuridica di compratore. Si può rinunciare validamente al diritto di chiedere la comunione coattiva del muro, perchè la sola utilità privata è ragione legale dell'istituto.

La legge, per motivi di sicurezza, e per la certezza della proprietà, dà diritto ad un vicino di costringere l'altro a contribuire alle spese di costruzione dei muri di cinta che separano le rispettive case, cortili, o giardini situati nelle città o nei sobborghi; se non vi ha regolamento particolare o convenzione, l'altezza di ogni muro di cinta o divisorio *da costruirsi* a spese comuni, è di tre metri. Quando un fondo fosse superiore e l'altro inferiore, il proprietario del primo deve sopportare da solo (essendo suo il vantaggio che il terreno non frani) le spese della costruzione fino all'altezza del proprio suolo: e la parte del muro che sorge da questo *sino a raggiungere* l'altezza indicata, va costruita a spese comuni (*C.* ***559***, ***560***).

2. La *comunione* del muro è anche semplicemente *presunta* dalla legge, guidata dal criterio che un muro *divisorio* (costruito sul limite delle due proprietà contigue) il quale separi due proprietà d'identica natura, segnandone i limiti, e prestando eguale servizio ed eguale utilità ai proprietari dei due fondi, sia comune ad essi; perciò è presunto comune: *a*) ogni muro divisorio fra *edifizii:* e lo è sino

alla sua sommità, se gli edifizii sono di eguale altezza, e, se disuguale, sino al punto in cui uno di essi comincia ad essere più alto, seguendo così la inclinazione dei piani se con esso termina l'edificio più basso: quando un edificio rovinasse, con ciò non verrebbe meno la presunzione; *b*) ogni muro divisorio fra cortili e giardini: qui la presunzione sta anche se il muro separasse un cortile da un giardino, perchè tenuto conto della natura delle due proprietà, l'utilità ch'esso presta è eguale; *c*) ogni muro divisorio fra *recinti* nei campi: se fossero due campi aperti dagli altri lati, oppure un campo non fosse chiuso, la presunzione non sta; non è a badare del resto al genere di chiusura. Questa presunzione cede: 1) dinanzi al *titolo* contrario comune alle parti ed ai loro autori: e però anche alla prescrizione; 2) ai *segni* contrarii, i quali sono dalla legge indicati tassativamente, per la efficacia che loro è data, e cioè: *a*) il *piovente,* che valendo allo scarico delle acque sul terreno proprio, fa presumere ch'esso, e perciò il muro divisorio fra cortili, giardini, orti o campi, appartenga al proprietario del terreno sul quale è diretto; è questo l'indizio che prevale a tutti gli altri; *b*) gli *sporti,* parti sporgenti della costruzione come le mensole, cornicioni; *c*) i *vani* che si addentrano *oltre la metà* del muro, e appariscono costrutti con esso, fanno presumere che il muro sia per intero del proprietario del fondo dalla cui parte si presentano, dacchè dànno a credere siano esercizio del diritto di proprietà. Se questi segni non fossero *esclusivi,* ma esistessero dalle due parti, il muro vien riputato comune: ma se alcuni esistessero ed altri no, la positura del piovente prevale, determinando la proprietà del muro (*C. 547*).

3. I diritti del comproprietario del muro son regolati dalle norme generali governanti la comunione; tuttavia, in vista della specialità della materia, n'è fatta applicazione espressa in alcune ipotesi: così, ad ogni comproprietario è dato il diritto di appoggiare le sue costruzioni al muro comune (con le cautele cui è tenuto, *C. 583*); di immettere travi e travicelli per la grossezza del medesimo, ma in guisa che dall'altra parte restino ancora cinque centimetri, salvo il diritto all'altro comproprietario di far accorciare la trave fino alla metà del muro, quando egli volesse collocare una trave nello stesso luogo, aprirvi un incavo, od appoggiarvi un camino; ha pure il diritto di attraversare il muro comune per intero con chiavi e ca-

pi-chiavi e collocare bolzoni all'opposto lato per garanzia della sua fabbrica, purchè venga osservata la distanza di cinque centimetri dalla superficie esterna del muro verso il vicino, e facendo le opere necessarie per non recare danno alla solidità del muro, giacchè altrimenti si varrebbe di questo distruggendo la cosa comune: è pur dovuto il risarcimento dei danni temporanei provenienti dal collocamento delle chiavi, dei capi-chiavi e balzoni. Ogni comproprietario ha pure il diritto di alzare il muro comune, e siccome la nuova costruzione gli appartiene esclusivamente, sono a suo carico le spese dell'alzamento, nonchè le occorrenti al mantenimento della parte alzata sul muro comune; e lo sono pure quelle concernenti le opere necessarie a sostenere il maggior peso derivante dall'alzamento, in modo che il muro riesca egualmente solido; così è conciliata la utilità speciale con quella dei compartecipanti alla comunione. Il quale criterio spiega perchè se il muro comune non fosse in modo alcuno atto a sostenere l'alzamento, chi volesse alzarlo sia tenuto a farlo ricostruire per intero a sue spese, e se fosse necessaria una maggior grossezza, deve darla sul proprio suolo; a parte nei due casi l'obbligo ch'egli ha di risarcire il vicino dei danni sofferti per il fatto anche temporaneo dell'alzamento o della nuova costruzione. Il vicino, quando lo volesse, potrebbe acquistare la comproprietà dell'alzamento, pagandone la metà del valore; e se chi lo costruì, dovette dare maggior grossezza al muro *comune*, è d'uopo siagli pagato anche metà del valore del suolo occupato per tale eccedenza (***C. 551-555***).

4. Gli *obblighi* del comproprietario son quelli che ha il partecipante ad una comunione: perciò deve adoperare la cosa e disporne in modo da togliere od impedire agli altri l'esercizio del proprio diritto. Così non può fare alcun incavo nel muro comune, nè aprirvi luci od altre aperture (***C. 583***), nè applicarvi od appoggiarvi alcuna opera senza il consenso dell'altro, e quando questi siasi rifiutato, non lo può senza aver fatto determinare dai periti i mezzi necessari affinchè l'opera non riesca di danno ai diritti del vicino (***C. 557***); non può ammucchiare contro un muro comune letame, legname, terra od altre materie, senza prendere le precauzioni necessarie affinchè tali mucchi non possano nuocere con la umidità, o con la spinta, o con la soverchia elevazione od in qualunque altro modo

(*C. 558*). Parimenti, le riparazioni e le ricostruzioni necessarie del muro comune sono a carico di tutti quelli che vi hanno diritto ed in proporzione del diritto di ciascuno (*C. 548, 559, 560*).

5. La comunione del muro non può finire con la divisione, perchè attuandola, la cosa che ne è oggetto non potrebbe più servire alla sua destinazione; ma può finire coi modi coi quali in generale si estingue un diritto. Di questi si hanno applicazioni speciali al caso della *rinunzia*. Il comproprietario può, rinunziando al diritto di comunione esimersi dal contribuire alle spese delle riparazioni e ricostruzioni, quando il muro comune non sostenga un edificio di sua spettanza, perchè allora approfitterebbe del muro senza averne i pesi per l'avvenuta rinuncia (*C. 549, 561*); ed il vicino può esimersi dall'obbligo di contribuire alla *costruzione* del muro di cinta o divisorio (*C. 561*) cedendo la metà del terreno su cui il muro va costruito, e rinunziando al diritto di comunione, salva poi la facoltà di chiedere la comunione coatta (*C. 561*), quando non avesse rinunciato anche a questa. La rinunzia non libera il rinunziante dall'obbligo delle riparazioni e ricostruzioni cui avesse dato causa col fatto proprio (*C. 549* al.); e se il proprietario volesse atterrare l'edificio sostenuto dal muro comune, può rinunziare alla comunione, ma deve *per la prima volta* farvi le riparazioni e le opere rese necessarie dalla demolizione onde evitare ogni danno al vicino (*C. 550*).

6. Coteste norme sui diritti e sugli obblighi dei comproprietari, valgono solo quando non esista convenzione contraria (v. pure il il § 152).

§ 149. — *Fossi, siepi comuni e alberi comuni.*

Aubry et Rau, l. cit.; Laurent, VII, 569-586; VIII, 1-24.
V. fonti legisl. cit. nel § 148.

Motivo analogo a quello su cui riposa la presunzione di comunione del muro divisorio, fa presumere: 1) la comunione dei fossi (*C. 565*) fra due fondi, quando lo scavo segue la linea divisoria (altrimenti apparterrebbe al proprietario nel cui fondo esiste); la presunzione cede di fronte al *titolo* contrario, ed ai *segni* contrari, che sono: *a*) il trovarsi da una sola parte del fosso il getto della terra o lo spurgo ammucchiatovi da tre anni, presumendosi il fosso

parte del fondo dalla cui parte esiste il getto o l'ammucchiamento (*C. 566*); *b*) il servire del fosso agli scoli delle terre di un solo proprietario (*C. 567*). I diritti e gli obblighi dei comproprietari sono dati dalle norme sulla comunione; quanto ai rimedi coi quali questa ha fine, è da notare che la rinunzia non vale quando il comproprietario continua a trarre utile del fosso, come avverrebbe se questo servisse agli scoli delle sue terre. 2) Fa presumere del pari la comunione delle *siepi* esistenti sulla linea divisoria fra due fondi: eccetto il caso che un solo fondo sia cinto (v. il § prec. 2), o vi sia termine di confine, o prova in contrario (*C. 568*). Per i diritti dei comproprietari vale il criterio ricordato, e così per gli obblighi: p. es. ogni comproprietario ha la comunione degli alberi esistenti nella siepe comune, può chiederne l'atterramento, e partecipa alla cimatura delle siepi, ecc. (*C. 569*); deve poi contribuire al mantenimento della siepe comune (*C. 568*). 3) Fa presumere finalmente la comunione degli *alberi sorgenti* sulla linea di confine fra due proprietà, quando non vi sia *titolo* o *prova* in contrario: sono comuni in ragione della posizione che occupano rispetto alla linea di confine (*C. 569*). E perchè son comuni, senza il comune consenso gli alberi non possono essere tagliati, eccetto che l'autorità giudiziaria riconosca la *necessità* oppure la *convenienza* del taglio.

§ 150. — *Proprietà distinta dei piani d'una medesima casa.*

AUBRY et RAU, § 221, 2°; LAURENT, VII, 487-493.
V. fonti legisl. cit. nel § 148.

Una stessa casa può appartenere a più persone, in modo che la proprietà di ciascheduno abbia per oggetto un piano di essa: come *piani* di casa si considerano pure le cantine, i palchi morti, e le soffitte o camere a tetto (*C. 562*, al. 4). Qui non si avrebbe la *comunione* nel vero senso della parola, perchè ogni proprietario ha un diritto distinto, specificato, e sulla cosa che ne è oggetto lo ha assolutamente ed esclusivamente; ma siccome, in vista della costruzione stessa, ogni piano ha rapporti con l'altro e coll'insieme ch'è la casa, sulle parti di questa che sono di servizio comune a tutti, esiste una comunione fra i diversi proprietari. Perciò il

proprietario di ciascun piano o porzione di esso fa e mantiene il pavimento su cui cammina, le vòlte, i solai e i soffitti che coprono i luoghi di sua proprietà: sono queste le linee estreme che circoscrivono la sua proprietà, dividendola da quella degli altri. E stante la *comunione*, rapporto che regola i diritti e gli obblighi dei partecipanti, la legge determina alcuni casi di concorso nelle spese necessarie per le riparazioni e ricostruzioni delle cose comuni: e cioè sono a carico di tutti i proprietari in proporzione del valore del piano che appartiene a ciascuno: *a*) le spese accennate relative ai muri maestri e tetti, agli anditi, porte, pozzi, cisterne, acquedotti e alle altre cose comuni a tutti i proprietari; *b*) quelle relative alle latrine sono a carico comune in proporzione del numero delle aperture d'immissione; *c*) le scale poi sono costrutte e mantenute dai proprietari dei diversi piani a cui servono, in ragione del valore di ciascun piano (*C.* ***562***). Queste norme sono semplici applicazioni della regola sulla misura dei diritti ed obblighi rispettivi dei partecipanti sulla cosa comune, e nella parte concernente la contribuzione alle spese di riparazione e ricostruzione dei tetti, si applicano pure in ordine alla riparazione dei lastrici detti solari: se l'uso di questi non fosse comune a tutti i proprietari della casa, quelli che hanno l'uso esclusivo di uno o più lastrici solari, sono tenuti, *per ragione del calpestio*, a contribuire per una quarta parte della spesa delle riparazioni o ricostruzioni, e le altre tre quarte parti sono a carico di essi e degli altri proprietari della casa, nella proporzione stabilita per le spese di ricostruzione o di riparazione dei tetti (*C.* ***563***). E perchè è obbligo del partecipante di non far cosa che leda il diritto degli altri, il proprietario dell'ultimo piano di una casa non può, senza il consenso dei proprietari degli altri piani qualora possa derivarne danno al valore della loro proprietà, alzare nuovi piani e nuove fabbriche, eccettuate quelle costituenti parapetto di lastrici solari (*C.* ***564***).

1. Le norme ora date, non hanno valore quando la convenzione regolasse diversamente il concorso dei proprietari nelle spese comuni (*C.* ***562*** pr.; ***563*** in f.).

2. Questa comunione non può aver fine con la rinuncia; perchè il proprietario che la facesse, continuerebbe sempre a trarre vantaggio dalla cosa comune.

CAPITOLO IV.

Regolamento legale dell' esercizio della proprietà.

§ 151. — *Generalità.*

WINDSCHEID, §§ 160, 188; VANGEROW, §§ 297-300; BRINZ, §§ 132, 133; ARNDTS-SERAFINI, §§ 131, 132.

Considerata la proprietà come diritto *assoluto* ed *esclusivo*, i rapporti fra proprietari vicini dovrebbero dar sempre luogo a conflitti, perchè ognuno non vorrebbe nell'esercizio del suo diritto tollerare limitazione non consentita; e si avrebbero conseguenze nocevoli all'interesse privato, e talvolta al pubblico. Perciò la legge regola l'esercizio del diritto di proprietà fra proprietari vicini, dando vita ai rapporti (legali) di buona vicinanza; non impone una servitù a beneficio di un fondo su un altro fondo, e le sue regole si limitano a determinare in casi speciali quale sia la potestà del proprietario, fin dove cioè si estenda. Tant'è, che il fondo il quale rimane avvantaggiato dalla limitazione non è a dirsi dominante: è un fondo libero da pesi, e solo quando il proprietario vicino volesse liberarsi dalla limitazione ordinata, sorgerebbe l'idea di un peso che vi volesse imporre. Perciò sono estranee a cotesto soggetto le azioni relative alle *servitù*.

Altre limitazioni son dalla legge imposte al diritto assoluto ed esclusivo del proprietario, in materia d'*acque*; ed anche l'interesse generale è fondamento delle regole statuite, tenendo conto della importanza dell'acqua pei bisogni della vita, dell'industria manifatturiera e dell'agricoltura.

I. — *Regolamento legale per i rapporti di buona vicinanza.*

§ 152. — *Delle distanze e delle opere intermedie volute in alcune costruzioni, scavamenti e piantagioni.*

AUBRY et RAU, §§ 193 e segg.; LAURENT, VIII, 25 e segg.
C. c. it., a. 570-591; C. c. fr., a. 674-681; C. c. sass., §§ 345 e segg.; C. c. neerl., a. 692-705, 713-714; C. c. port., a. 2317-2327, 2338; Cod. civ. della Rep. Arg., a. 2611-2660; C. c. del Mess., a. 1121-1134; C. c. dell'Ur., a. 574-581; C. c. del Guat., a. 1266-1279; C. c. del Chilì, a. 873-880.

La legge regola le distanze da osservarsi in talune costruzioni, scavamenti e piantagioni, perchè ove il proprietario in forza del diritto suo assoluto costruisse nel limite della sua proprietà, potrebbero averne danno grave la igiene pubblica, e la sicurezza dei vicini (p. e. con l'aumentare il pericolo dell'estendersi d'incendi): e piantando o scavando in questo limite, incomodo e danno gravi recherebbe alla proprietà del vicino. Questi due motivi d'interesse generale hanno determinato le regole limitanti l'esercizio del diritto di proprietà, obbligando alla osservanza di date *distanze* ed alla costruzione di certe *opere intermedie:* le quali, in alcuni casi vanno fatte malgrado siano osservate le distanze: ed in altri liberano dalla osservanza di queste, secondo il diverso rapporto fra la costruzione, scavamento o piantagione e la possibilità ed entità dei danni che il vicino possa risentirne.

1. Di regola, stando al diritto assoluto del proprietario, questi nel confine della sua proprietà (***C. 570***) potrebbe fabbricare una casa od un muro, fosse pure solo di cinta (e si reputa nuova fabbrica il semplice alzamento d'una casa o di un muro già sussistente ***C. 571*** in f.); ma *obbligando* il vicino che volesse pur costruire, a lasciare una determinata distanza, lo si costringerebbe a perdere (ciò che non avvenne all'altro) una parte della proprietà sua. Perciò, a parte gli altri motivi determinanti la comunione, il vicino che costruisce nel limite di sua proprietà, deve accordare la comunione del muro al vicino che *volesse* servirsi di cotesta facoltà a lui data dalla legge (***C. 570***); e quand'anche non fabbricasse nel confine, ma ad una distanza minore di un metro e mezzo di esso,

il vicino avrebbe sempre la facoltà di chiedere la comunione del muro, e fabbricare sin contro il medesimo, pagando oltre il valore della metà del muro il valore del suolo che verrebbe da lui occupato; la legge vuole che per i bisogni della igiene e della sicurezza non si lascino fra costruzione e costruzione vie piccine, ma dell'ampiezza di tre metri, cosicchè se un vicino potesse fabbricare a meno di un metro e mezzo dal confine, l'altro dovrebbe perdere del suo terreno quanto sarebbe necessario per aversi la larghezza intera. Onde il rimedio adottato; se il vicino non volesse cedere il suolo, potrebbe esimersi da tale obbligo estendendo contemporaneamente la sua costruzione al muro di confine: e se l'altro vicino non volesse poi valersi della facoltà di rendere comune il muro edificato sul confine, od il muro ed il tratto di suolo quando quello fosse costruito a meno di un metro e mezzo dal confine, deve costruire a distanza di questo in modo che fra un muro e l'altro esista la distanza di tre metri (*C.* ***571***). Tali disposizioni non si applicano agli edifizi destinati all'uso pubblico (*C.* ***572***, ***556***): e neppure ai muri confinanti le piazze, vie o strade pubbliche, pei quali vanno osservati i regolamenti particolari (*C.* ***572***).

2. I due motivi anzidetti sono pur fondamento dell'obbligo imposto a chi voglia fabbricare contro un muro comune o divisorio, ancorchè proprio, camini, forni, fucine, stalle, magazzini di sale o di materie atte a danneggiarlo, ovvero stabilire in vicinanza della proprietà altrui macchine messe in moto dal vapore, od altri manufatti *per cui siavi pericolo d'incendio, o di scoppio o di esalazioni nocive*: si devono eseguire in queste costruzioni le opere volute, e mantenere le distanze stabilite secondo i casi dai regolamenti speciali (contro le cui disposizioni invano, trattandosi di interesse generale, s'invocherebbe la convenzione dei privati), oppure dall'autorità giudiziaria, onde evitare *ogni danno al vicino* (*C.* ***574***). L'autorità giudiziaria ha da esaminar solo, se il pericolo suddetto esista, tenuto conto della vicinanza e dello stato del muro, nonchè dell'edifizio vicino che vi fosse appoggiato o contiguo.

3. Chi volesse aprire un pozzo d'acqua viva, una cisterna, un pozzo nero, od una fossa di latrina o di concime presso un muro altrui o comune, deve osservare, quando non sia disposto altrimenti dai regolamenti locali, la distanza di due metri, misurati dal

confine con la contigua proprietà (e cioè dalla faccia del muro prospettante l'area ove vien fatto lo scavamento), ed il punto più vicino del perimetro interno del muro delle opere suddette (*C. 573*); pei tubi di latrina, di acquaio o di acqua cadente dai tetti, ovvero ascendente per mezzo di tromba o di qualsivoglia macchina, la distanza deve essere di almeno un metro (*C. 573*, 1 al.), ed eguale distanza va osservata per le diramazioni di essi tubi, computandola sempre dal confine al punto più vicino del perimetro esterno del tubo. Se il muro appartenesse al proprietario dell'area ove vien fatto lo scavamento, non è a osservarsi distanza alcuna, perchè dall'opera non deriva danno al muro altrui o comune, sibbene al proprio.

Se malgrado l'osservanza delle distanze or notate, derivasse tuttavia danno al vicino, l'autorità giudiziaria potrebbe ordinarne di maggiori, ed obbligare all'esecuzione delle opere occorrenti a riparare e mantenere riparata la proprietà del vicino: tranne quando questi risentisse il danno per colpa propria, coll'avere p. es. scavato un pozzo d'acqua viva contiguamente al muro *suo*, e vi si producessero infiltrazioni dalla fossa di concime scavata nel fondo vicino, perch'egli dovrebbe fare le opere necessarie ad evitare il danno. Ma oltre cotesto potere (onde derivano limitazioni all'esercizio del diritto di proprietà) l'autorità giudiziaria non ne ha di più estesi: p. es. ordinare la distruzione dell'opera.

4. La necessità di conciliare il diritto del proprietario coll'evitare che il suo esercizio danneggi di molto la proprietà altrui, spiega la proibizione di scavare fossi o canali, a qualunque uso servano (anche per limite), se non osservando una distanza dal confine del fondo altrui che sia eguale alla loro profondità, salvo la maggiore che fosse determinata dai regolamenti locali (*C. 575*); essa è misurata dal ciglio della sponda dei fossi o canali più vicina al detto confine, sponda che deve essere inclinata a tutta scarpa, e, in mancanza di questa, munita di opere di sostegno. Se il confine del fondo si trovasse in un fondo comune, od in una strada *privata comune*, oppure *soggetta a servitù di passaggio*, la distanza va misurata dal ciglio anzidetto al ciglio più vicino della sponda del fosso comune, od al margine o lembo esteriore della strada più vicino al nuovo fosso o canale, osservate le disposizioni

relative alla scarpa (*C. 576*); se poi il fosso o canale venisse scavato in vicinanza di un muro comune, non è necessaria la suddetta distanza, mancando il pericolo di frane, ma devono farsi tutte le opere atte ad impedire qualunque danno (*C. 577*).

In base al criterio esposto, a chi vuole aprire sorgenti o stabilire capi od aste di fonte, canali od acquedotti, oppure scavarne profondamente od allargarne il letto, aumentarne o diminuirne il pendio o variarne la forma, è fatto obbligo di osservare le norme accennate: e quando il vicino dimostrasse che ciò malgrado i suoi fondi o sorgenti, capi od aste di fonte od acquedotti preesistenti e destinati alla irrigazione dei beni od al giro di edifizi ne risentono danno, perchè l'acqua sua è attirata nella nuova opera (*emungimento:* non taglio di vene scorrenti sotto il suolo del vicino che fa gli scavi, e che è in diritto di farli, salva la osservanza delle distanze), oltre le distanze fissate sono ad osservarsi quelle maggiori ed eseguirsi quelle opere reputate necessarie ad evitare il danno. Se, malgrado ciò, il danno venisse dato, l'autorità giudiziaria (*C. 578*) si può valere dei poteri ampi che la legge le dà nel regolare i diritti sulle acque.

5. La legge vieta il piantamento di alberi verso il confine del vicino a distanza minore di quella determinata dai regolamenti locali, perchè le piante coll'estendere le radici nel terreno del vicino o con l'altezza che possono raggiungere sono causa di lesione del suo diritto di proprietà, e potrebbero recargli danno. Quando mancassero questi regolamenti, vanno osservate le distanze seguenti, diverse secondo la diversa altezza che le piante possono raggiungere: 1) di *tre metri*, per gli alberi di *alto fusto* (e son riputati tali, quanto alle distanze, quelli il cui fusto o semplice o diviso in rami sorge ad altezza notabile, *C. 579*, 1°) e per quelli che vi sono *equiparati* (quanto alla distanza) dalla legge (*C. 579*, 1° in f.); 2) di *due metri* per alcune *siepi* specialmente indicate (*C. 579*, 3°); 3) di *un metro e mezzo* per gli alberi di *non alto fusto* (quelli il cui fusto sorto a breve altezza si diffonde in rami, *C. 579*, 2°); 4) di *un metro* per le *siepi* di piante che si recidono periodicamente vicino al ceppo, *C. 579*, 3°; 5) di *mezzo metro* per altre piante le quali per natura loro o per il modo di coltivazione non possono nuocere al fondo vicino (*C. 579*, 3°).

Per le piante che nascono, e per i piantamenti che si fanno nell'interno dei boschi verso i rispettivi confini, o lungo le sponde dei canali, o lungo le strade comunali, *senza impedimento del corso delle acque e dei passaggi,* ove mancassero i regolamenti vanno osservati gli usi locali, e quando pur questi facessero difetto, le distanze notate (*C. 580*). Le quali vanno misurate nel modo da praticarsi pei fossi e canali (v. n. 4).

Come guarentigia per la osservanza di coteste distanze, il vicino ha il diritto di esigere siano estirpate le piantagioni che venissero fatte a distanze minori (*C. 581*); osta a cotest'azione, 1) il titolo contrario: tale è pure la prescrizione, che se impedisce la estirpazione degli alberi esistenti, non autorizza a piantarne degli altri in sostituzione; 2) l'essere il fondo separato da quello del vicino con muro proprio o comune, purchè le piante siano tenute in modo da non eccedere l'altezza del muro, non essendo in tal caso necessario osservare le distanze notate (*C. 579* in f.).

6. È vietato che i rami degli alberi protendano sul fondo del vicino; il quale ha perciò il diritto di costringere il proprietario a tagliarli, e *può* egli stesso tagliare le radici che si addentrassero nel suo fondo, salvi nei due casi i regolamenti e gli usi locali quanto agli ulivi (*C. 582*); cessa questo diritto del vicino di fronte al titolo contrario, e però anche alla prescrizione, la quale tuttavia non impedisce il secondo rimedio, ch'è facoltativo.

§ 153. *Delle luci e vedute.*

AUBRY et RAU, § 196; LAURENT, VII, 563-568; VIII, 1-66.
Cod. civ. it., art. 583-590; C. c. fr., a. 675-680; C. c. sass., §§ cit.; C. c. neerl., a. 692-698; C. c. della Rep. Arg., a. 2654 cit. e segg.; C. c. del Mess., a. 1128-1132; C. c. dell'Ur., a. 578-580; C. c. del Guat., a. 1273-1277; C. c. del Chilì, art. 873-878.

Il diritto di proprietà autorizzerebbe per sè a far nel muro quante aperture si volessero, con grave pregiudizio alla proprietà del vicino: in cotesto conflitto fra i diritti assoluti di ciascheduno dei proprietari vicini, la legge regola l'esercizio del diritto di proprietà in ordine alle *luci* e *vedute*, È detta *luce* (ed anche *luce di tolleranza*) un'apertura avente caratteri determinati destinati a dar passaggio alla sola luce ; *veduta*, è l'apertura che dà passaggio alla luce ed

all'aria e permette di guardare sul fondo o sulla casa del vicino. Le vedute si distinguono in *dirette* (dette anche *finestre a prospetto*), e *oblique* (vedute *laterali*): la distinzione va intesa in relazione al fondo su cui guardano, e però si hanno le une quando la loro fronte sia in linea perpendicolare alla fronte del fondo vicino, e le altre quando ne sia in linea perpendicolare il lato.

1. Nel muro comune è vietato al vicino di fare senza il consenso dell'altro vicino alcuna finestra od apertura anche se con invetriata fissa (*C.* ***583***), e la proibizione ha causa nel danno che potrebbe averne la comunione del muro: perchè non sia resa illusoria cotesta guarentigia, s'egli avesse innalzato il muro comune non potrebbe aprire luci o finestre nella maggiore altezza a cui il vicino non abbia voluto contribuire (*C.* ***586***). Al contrario (per la opposta ragione di decidere) il proprietario di un muro non comune *contiguo al fondo altrui* può aprire in questo muro luci o finestre con inferriata od invetriata fissa: ma è necessario, e solo concorrendo queste tre condizioni si ha la *luce,* che, 1) non siano aperte ad un'altezza minore di *due metri e mezzo* sopra il pavimento o suolo del luogo che si vuole illuminare, se è al piano terreno, e quest'altezza va sempre osservata anche dalla parte che ha sguardo sul fondo vicino; di *due metri* se è nei piani superiori (*C.* ***585***); 2) debbono essere munite di una grata di ferro le cui maglie non abbiano apertura maggiore di un decimetro, e 3) di un telaio ad invetriata fissa (*C.* ***585***, ***584***). Siccome tale atto è esercizio del diritto di proprietà, non di servitù acquistata sul fondo vicino, così il proprietario di questo è sempre libero di acquistare la comunione del muro, e può in conseguenza chiudere le luci o finestre coll'appoggiarvi (e solo con questo mezzo) il suo edifizio (*C.* ***584***, al. 2).

2. Ma, per la gravità degli effetti sulla libertà del fondo, è vietato di aprire vedute *dirette,* qualunque sia la costruzione d'onde si esercitano (*finestra a prospetto,* porta, balconi, od altri simili sporti) verso il fondo (nè è a distinguere secondo la sua natura, sia chiuso o no), e neppure sopra il tetto del vicino; sta il divieto quando tra il fondo ed il muro in cui si fanno le dette opere (non importa se fondo di un terzo li separi) non vi sia la distanza di *un metro e mezzo,* a meno che tra le due proprietà non esista una via pubblica, od un corso d'acqua pubblico (*C.* ***589***). E nep-

pure si possono aprire le vedute oblique sul fondo del vicino quando non vi sia la distanza di mezzo metro, a meno che questa veduta non formi allo stesso tempo una via diretta sulla via pubblica, nel qual caso dovranno osservarsi i regolamenti locali. Le distanze volute si misurano, se si tratta di vedute dirette, dalla faccia esteriore del muro, ed essendovi balconi od altri simili sporti, dalla loro linea esteriore (p. es. ringhiera) sino alla linea di separazione dei due fondi, sebbene nel fondo vicino esistano altri balconi o sporti; e se di vedute laterali ed oblique, dal più vicino fianco della finestra o dal più vicino sporto, sino alla detta linea di separazione.

Per convenzione od altrimenti, un vicino può acquistare il diritto di aver vedute dirette verso il fondo vicino: in tal caso occorre una vera servitù, ed il proprietario del fondo servente ha obbligo di non fabbricare a distanza minore di *tre metri*, da misurarsi nel modo descritto (***C. 589-90***).

§ 154. — *Dello stillicidio.*

AUBRY et RAU, § 195; LAURENT, VIII, 67-72.
Cod. civ. it., art. 591; C. c. fr., a. 681.

Il dovere di non ledere il diritto di proprietà del vicino, obbliga il proprietario a costruire i tetti in maniera che le acque piovane scolino sul suo terreno o sulla via pubblica (in conformità ai particolari regolamenti), e non cadano sul fondo del vicino; tuttavia, se questo è inferiore, il proprietario non può opporsi a che vi scolino le acque naturalmente cadute sul fondo superiore.

II. *Regolamento legale della proprietà a causa dell'acqua.*

§ 155. — *Generalità. Acque e loro distinzioni.*

Le *acque* si possono considerare come elemento necessario alla vita, ai bisogni della coltivazione e della industria, o come pericolo minacciante gravi sciagure coll'inondazione dei terreni: in vista di tale importanza, la legge volle *regolare* il diritto di proprietà di cui esse siano oggetto. Il proprietario infatti, avrebbe il potere di disporne nel modo che egli credesse, senza essere astretto a cederle contro sua volontà, ed anche di lasciare che il suo fondo ne avesse

danno per mancanza d'arginatura, o non fatta riparazione di arginatura esistente, dando così danno ai vicini; oppure di impedire lo scolo naturale delle acque dal fondo superiore, cagionando a questo grave pregiudizio. E però il regolamento della proprietà delle acque, allo scopo *a*) d'impedire che il vicino ne abbia danno, e *b*) d'impedire che il proprietario le distragga dal provvedere alla necessità altrui, od all'altrui vantaggio, quando ciò non apporti a lui danno; talvolta in questo secondo caso è data nascita ad una vera servitù.

1. Le sorgenti, i serbatoi, ed i corsi d'acqua sono *immobili* (*C. 412*): tale, di regola il carattere giuridico dell'acqua.

2. Le distinzioni a farsi si possono raggruppare diversamente: *a*) quanto alla *causa*, si distinguono le acque in *scaturenti dal suolo* e *piovane; b*) in *vive* e *morte*, secondochè hanno o no causa perpetua: le prime si dicono *scaturenti* quando sgorgano dal suolo, *fluenti* se vi scorrono; le acque morte possono essere *fluenti*, come avviene delle *colature* (coli, avanzi d'irrigazione), e non cangiano carattere anche se contengono una parte di acqua viva; *c*) secondo il loro corso, si distinguono in *correnti* e *stagnanti*; in *sfuggite* se escono dai lati del cavo, e *di rigurgito* se lungo il corso siano respinte all'insù; *d*) rispetto al *tempo*, ed *al modo* col quale se ne usa, in *continue* od *intermittenti* secondochè in qualunque tempo, oppur no, ne è lecito l'uso; in *perpetue* e *temporanee* secondochè sono concedute in perpetuo od a tempo; in *orarie* e *tornarie*, secondochè se ne usa cominciando da un'ora determinata, oppure in relazione all'uso che altri utenti ne facciano; in *festive* e *quotidiane*, secondochè si ha diritto di usarne in giorno festivo, oppure in qualunque giorno; in *diurne* e *notturne* secondochè si ha il diritto di usarne durante il *giorno* o la *notte* naturali; in *invernali* (o *iemali*) ed *estive* secondochè si ha diritto di usarne dall'equinozio di autunno a quello di primavera, oppure da quello di primavera a quello di autunno.

Si distinguono poi secondo le *persone cui appartengono*, in *pubbliche* e *private*: alle prime appartengono i fiumi, i torrenti (*C. 427*), i laghi e stagni atti alla navigazione; si può domandare dal privato la concessione di queste acque, nei modi legali stabiliti all'uopo, e siffatte concessioni da parte dello Stato s'intendono sempre fatte senza lesione dei diritti anteriori d'uso dell'acqua

stessa che si fossero legittimamente acquistati (*C. 615*); alle seconde, la *sorgente* (acqua viva che zampilla naturalmente o artificialmente dal suolo, e che può essere o no *scorrente*), l'*acqua derivata* regolarmente da un corso demaniale nell'interesse privato, il *rivo* (piccolo corso d'acqua che differisce dal fiume o torrente *magnitudine et existimatione circumcolentium*), il *colatore* (acque avanzate all'irrigazione, riunite e scorrenti in cavo artificiale o naturale), gli *stagni* ed i *laghi* non atti alla navigazione ed al trasporto.

Sulle acque private, l'amministrazione può, nell'interesse generale, esercitare un diritto di polizia.

A. — *Regolamento delle acque per impedirne il danno.*

§ 156. — *Scolo naturale.*

Aubry et Rau, § 240; Laurent, VII, 354-374.
Cod. civ. it., art. 536-539; C. c. fr., a. 640; C. c. sass., l. cit.; C. c. neerl., a. 673; C. c. port., a. 2282; C. c. della Rep. Arg., a. cit.; C. c. del Mess., a. 1058-1059; C. c. dell'Ur., a. 520; C. c. del Guat., a. 1203-1204.

I fondi inferiori debbono ricevere le acque che scolano naturalmente dai superiori: la legge riconosce così quanto necessariamente deriva dalla situazione dei luoghi, ch'è pure il motivo per il quale i fondi inferiori sono obbligati a ricevere le materie che si stacchino naturalmente dal suolo superiore, e vi precipitino. E perchè l'acqua nel suo scorrere segue per natura sua la discesa del suolo: parve sempre cosa ingiusta obbligare il proprietario del fondo superiore a provvedere, mercè l'acquisto di regolare servitù, allo scarico dell'acqua che naturalmente dovesse scolare sull'inferiore (*C. 536*). Si dice *naturalmente*, perchè alle acque che così vi scolino è ristretto l'obbligo, siano esse piovane o derivanti dallo squagliarsi della neve, sia di sorgente; e non a quelle che vi scolino in conseguenza d'un fatto del proprietario, come avverrebbe se questi, anche facendo scavi per altre opere, avesse dato scaturigine ad una sorgente, o se estraesse acqua da un pozzo, e dirigesse i coli sul fondo inferiore, o se desse la via verso questo agli avanzi di acqua destinata a qualche industria. L'obbligo del proprietario del fondo inferiore è ch'egli non può far opera che possa in modo alcuno impedire questo scolo, salvo il fare quanto occorre perchè, senza impedirlo, ne abbia

minor danno (quando ciò non sia poi di aggravio agli altri proprietari dei fondi inferiori); ed il proprietario del fondo superiore nulla può fare che aggravi l'obbligo del fondo inferiore, come avverrebbe se vi dirigesse lo stillicidio dai suoi tetti, oppure lo sbocco di un canale raccogliente l'acqua caduta su questi. Ma non sarebbe aggravio, se il proprietario del fondo superiore per avere minor danno raccogliesse l'acqua in più rivolini: e potrebbe anche impedirne del tutto lo scolo sul fondo inferiore, il cui proprietario non ha un diritto ad esso, a meno che non esistesse a suo vantaggio una servitù di presa d'acqua: la diminuzione o l'aggravamento di cotesti obblighi dànno luogo ad una vera servitù, che si deve costituire nei modi voluti all'uopo.

§ 157. — *Riparazione alle sponde ed argini.*

V. fonti cit. nel § preced.

Il proprietario di un fondo potrebbe non ristabilire o riparare gli argini o sponde serventi al ritegno delle acque (qualunque sia la causa di tale distruzione o deterioramento); o non costruire i ripari resi necessari dalla variazione del corso di esse: o non togliere un ingombro formatosi nel fondo, o nel fosso, rivo, scolatoio od altro alveo per materie in essi impigliate. Siccome cotesta sua inerzia potrebbe pregiudicare, i proprietari dei fondi vicini, quelli fra questi che per gli avvenimenti detti *avessero danno,* oppure *fossero in gran pericolo* di averne, possono fare a *proprie spese* sul fondo del proprietario negligente le necessarie riparazioni o costruzioni. Ma, per il rispetto dovuto al diritto di proprietà, ciò non possono fare di proprio arbitrio: e devono, 1) averne autorizzazione dall'autorità giudiziaria, che provvede sentiti gli interessati, ed osservati i regolamenti sulle acque; 2) e poi eseguire le opere, in modo che il proprietario non ne abbia danno. Siccome nessuno può aver vantaggio senza contribuire alle spese fatte da altri per ottenerlo, tutti i proprietari *cui le opere suddette siano state utili,* sono obbligati a contribuire alle spese in proporzione del vantaggio ottenuto: salvo ad essi il diritto di rivalsa contro chi avesse dato causa alle spese colla distruzione degli argini, o colla formazione degli ingombri. Contro queste persone possono direttamente agire i proprietari che avessero fatto le riparazioni (*C. 537, 538, 539*).

B. — *Regolamento quanto al vantaggio da trarre dall'acqua.*

§ 158. — *Fondi rivieraschi.*

AUBRY et RAU, § 246; LAURENT, VII, 271-353.
Cod. civ. it., art. 543-544; C. c. fr., a. 644-645.

Badando ad estendere il *vantaggio* che può derivare dall'acqua, pure conciliandolo coi diritti del proprietario, la legge dà come regola, che sorgendo controversia fra i proprietari a cui l'acqua può essere utile, l'autorità giudiziaria deve conciliare gli interessi dell'agricoltura e della industria coi riguardi dovuti alla proprietà; *ma osservati in ogni caso* i regolamenti particolari e locali sul corso e sull'uso delle acque (*C. 544*): cosicchè, potrebbe pure avvenire che, onde soddisfare all'interesse dei più, si togliesse ad alcuni il vantaggio dell'acqua (sia per le difficoltà del suolo, o per la poca abbondanza dell'acqua in rapporto all'estensione dei terreni ecc.), accordando un'indennità conveniente. Regola la quale sta anche in materia di vere servitù di acqua.

1. In ordine a cotesto vantaggio che l'acqua può recare, si hanno due regole, delle quali una si riferisce ad un caso speciale, e l'altra ha un contenuto più esteso. La prima, determina i diritti dei proprietari dei fondi *costeggiati* od *attraversati* da un'acqua *naturalmente corrente;* e però s'intendono escluse le acque che *non scorrono* (laghi, stagni, ecc.), ma non le *morte* (p. es. coli d'irrigazione) quando siano correnti (§ 155): sono pure escluse le acque scorrenti in opere manufatte (*scorr. artificialmente*), tranne il caso di opere che servano solo a contener le acque, non a dar loro il corso che già *naturalmente* avrebbero; s'intendono pure escluse, per il diritto che altri vi avrebbe, le acque demaniali, nonchè quelle proprie d'un terzo. Le norme che la legge dà su questo punto, non hanno causa nella necessità di regolare i diritti d'una cosa comune: perchè non vi ha comunione, stante il diritto di ciaschedun proprietario di valersi dell'acqua necessaria alla irrigazione od alla industria, anche se poi in questi bisogni la consumasse tutta, nulla avanzandone agli altri.

Ognuno dei proprietari ha pure la proprietà dell'acqua dal momento ch'entra nel suo fondo: perciò ne usa in quanto gli è neces-

saria, e ne dispone accordandone il diritto a goderne ad altri fondi non rivieraschi. Ed è per ovviare alle conseguenze che l'esercizio del diritto assoluto avrebbe rispetto ai proprietari dei fondi inferiori, che la legge volle statuire regole dirette a conciliare il diritto di ciascheduno col vantaggio degli altri: onde la distinzione tra il caso di fondi *costeggiati* dall'acqua, e quello di fondi *attraversati*, perchè i diritti del proprietario sono nell'un caso meno estesi, e più nell'altro: in quello, il suo potere è limitato dal potere eguale del proprietario dell'altro fondo egualmente costeggiato, che gli sta di fronte; mentre nell'altro, cotesta limitazione non vi è. In ambe ipotesi l'obbligo del proprietario che si serve dell'acqua, è di restituire le colature dell'irrigazione e gli avanzi dell'acqua adoperata ad uso industriale al corso ordinario; il proprietario del fondo attraversato dall'acqua deve adempiere a quest'obbligo quando l'acqua esce dai suoi terreni, perchè nell'intervallo in cui vi trascorre potrebbe anche deviarla totalmente dal suo corso, ciò che il proprietario del fondo costeggiato non potrebbe fare, non consentendovi l'altro (*C.* **543**). Questi diritti dei proprietari valgono pure per i possessori dei fondi, qualunque sia la natura del loro possesso.

Un proprietario inferiore potrebbe impedire il proprietario di un fondo superiore, od anche tutti, dal diritto di avere l'acqua, od i coli od avanzi, quando ne avesse acquistato il diritto, od avesse costituito una servitù (presa d'acqua, ed acquedotto); e così lo potrebbe anche un terzo il quale avesse i fondi non contigui al corso d'acqua.

2. La contiguità dei fondi al corso d'acqua, dà nella ipotesi esaminata diritto all'acqua di cui il proprietario del fondo superiore non siasi valso, od a quella che avanzasse dall'uso fattone. Un altro rapporto più generale, è stabilito fra il proprietario o possessore d'acqua del fondo superiore e il possessore dell'inferiore: il primo può disporre a favore d'altri (quando il titolo o la prescrizione non vi si oppongano), ed usarne a suo piacimento, ma dopo essersene servito non può divertirle in modo che si *disperdano* in danno di altri fondi a cui potessero profittare (*C.* **545**). Questo diritto dei possessori di fondi inferiori esiste, 1) quando un altro fondo dello stesso proprietario o possessore del fondo superiore, o di un terzo non ne profittassero, e 2) quando il vantaggio dei loro fondi potesse

effettuarsi senza danno degli utenti superiori, ossia senza cagionare rigurgiti, o senza alimentare un'industria creata per fare concorrenza ad altra esistente nel fondo superiore; 3) chi vuole profittare dell'acqua, dovrà pagare un equo compenso *quando si tratta di sorgente o di altra acqua spettante al proprietario del fondo superiore,* perchè altrimenti questi non soffrirebbe alcuna limitazione al suo diritto, e mancherebbe il motivo del compenso; 4) il diritto dura finchè il proprietario (o possessore) del fondo superiore non si serva di tutta l'acqua per l'aumentata coltura, o per altro suo fondo, o cedendola ad altri, mancando in questi casi l'estremo della inutile diversione. Il diritto dell'utente inferiore può essere eziandio affermato con la servitù di presa d'acqua.

§ 159. — *Norma generale sui regolamenti legali del diritto di proprietà.*

All'infuori di cotesti regolamenti che la legge dà al diritto di proprietà: o di una vera servitù che ne limitasse la efficacia, il proprietario può esercitare il suo potere come più gli talenti; nè il vicino allegando il danno che a lui deriva da cotesto esercizio ed il nessun vantaggio per chi lo fa (od anche il suo malanimo) può opporvisi. Solo quando questo esercizio fosse tale in apparenza, ed in sostanza involvesse la violazione del diritto altrui, il danneggiato avrà l'azione di danno.

CAPITOLO V.

Delle Servitù.

A. *Delle servitù in generale.*

§ 160. — *Principii comuni*

WINDSCHEID, § 200; VANGEROW, § 338; BRINZ, § 186; DERNBURG, *Pand.*, I, §§ 235-237; ARNDTS-SERAFINI, §§ 175-177; FÖRSTER, III, § 185; DERNBURG, §§ 274 e segg.; SIEBENHAAR, §§ 254-256; AUBRY et RAU, § 225.
ELVERS, *Die römische Servitutenlehre* (1856); SCHÖNEMANN, *Die Servituten* (1866).

Servitù è il *peso stabilito sulla proprietà altrui, onde è menomata la estensione del potere spettante al proprietario*; cotesto *peso* è caratterizzato come un *diritto reale*, perchè pone il soggetto a cui favore è costituito in rapporto diretto ed immediato con la cosa che vi è sottoposta. La *servitù* non costituisce un frazionamento della proprietà: perciò non avendo ad oggetto una particella di questa, sulla quale, per l'indole del diritto di proprietà, sia possibile al soggetto di esercitare la potestà di disposizione, non ne è permessa la trasmissione: in qualche caso può esserne ceduto il solo esercizio, tenendo conto delle cose speciali, determinate su cui ha luogo.

Sono principii generali in materia di servitù: 1) che la servitù deve includere un vantaggio, un utile a chi l'ha; 2) che il proprietario del fondo servente non è *di regola*, obbligato a fare cosa alcuna interessante l'esercizio della servitù, perchè il peso grava sulla *cosa*, e questa sola dee prestare il vantaggio, 3) ma non deve fare cosa veruna limitante il diritto del titolare della servitù; 4) che nessuno può avere una servitù sulla cosa propria, dacchè su questa egli si valga dei poteri appartenentigli come proprietario; 5) che su una servitù non si può costituire un' altra servitù, per la natura sua di *cosa incorporale*.

§ 161. — *Possesso delle servitù.*

WINDSCHEID, §§ 163-164; ARNDTS-SERAFINI, § 187.

Delle servitù si può avere non solo il possesso in genere, ma anche il legittimo (e però anche quello di b. fede): oggetto del possesso non è la cosa per sè, ch'è tenuta a nome altrui, ma il diritto che gravita sulla cosa: a differenza del diritto personale, il possesso della servitù consisterebbe adunque nell'*esercizio di un diritto di servitù sulla cosa.*

Le norme date sull'*acquisto*, sulla *conservazione* e sulla *perdita* del possesso, sono pur qui invocabili; molte applicazioni verranno date in seguito, nel dire della costituzione, esercizio, e perdita delle servitù prediali.

§ 162. — *Distinzioni.*

V. fonti cit. nel § 160.

Le servitù si distinguono, dal soggetto cui appartengono, in *personali* e *reali;* le une sono costituite a vantaggio di una persona sovra una cosa (*), le altre a utilità di un fondo sopra un altro fondo: cosicchè di queste il vero soggetto attivo è il fondo, ed il proprietario ne dispone validamente solo in quanto è proprietario del fondo, e dispone in pari tempo di questo o della parte di esso cui la servitù è dovuta.

Le differenze fra le servitù *personali* e le *reali* consistono: *a*) nel *soggetto attivo*, che in quelle è una *persona*, in queste un *fondo; b*) nel soggetto *passivo* perchè le s. personali si possono costituire anche su una cosa mobile; *c*) nella *cedibilità*, perchè di qualcuna fra le servitù personali può essere ceduto l'esercizio; *d*) nella *divisibilità* che non ha luogo, di regola, per le servitù reali; *e*) nella *durata* perchè le servitù personali non durano oltre la *vita* del soggetto attivo, e le reali (salvo patto in contrario) esistendo finchè *dura* il fondo, si possono dire *perpetue*.

Un fondo può essere tenuto verso una persona od un altro fondo

(*) Nè osta per la loro ammissione nel diritto odierno la locuzione dell'a. 616 C. recante la definizione delle servitù prediali.

a determinati servigi, i quali, per la loro limitazione, parrebbero dare al rapporto un contenuto che avrebbe della servitù personale e della reale. Ma conviene ritenere che la servitù sarà sempre personale se dovuta ad una persona, e reale se dovuta ad un fondo (p. es. diritto di tagliare le legna serventi per un'industria esercitata nel fondo dominante); è a badarsi tuttavia, se alle volte questo diritto, che si presenta sotto l'aspetto di servitù, non contenga solo un diritto di *obbligazione*, o viceversa.

§ 163. — B. *Servitù personali. Generalità.*

V. fonti cit. nel § 160.

Tuttochè per motivi puramente storici (stante l'appellativo di *personale* dato alla servitù prestata da una persona), la legge odierna non abbia accolto la locuzione « *servitù personali* », pure ne ha serbato la essenza, e regola le principali fra esse, l'*usufrutto*, l'*uso* e l'*abitazione;* le norme ch'essa dà sono da osservarsi solo quando non provveda il titolo, le cui disposizioni debbono primamente governarle, a meno che non sia ordinato altrimenti (*C. 476*). A coteste tre servitù non si restringe il novero delle personali: perchè giusta il concetto datone, sarà ben lecito alle parti di stabilirne altre aventi un oggetto più o meno esteso (arg. *C. 542* in f.).

1) *Usufrutto.*

§ 164. — *Concetto di esso; come si costituisca.*

Windscheid, §§ 203-206; Vangerow, §§ 343-347; Brinz, §§ 193-194; Dernburg. *Pand.*, I, §§ 245-250; Arndts-Serafini, §§ 178-181; Siebenhaar, § 264; Förster, § 186; Dernburg, §§ 275-287; Stubenrauch, §§ 509 e segg.; Aubry et Rau, §§ 226-236; Laurent, VI, 323-551; VII, 1-101.

Proudhon, *Dr. de usufruit, usage et habitation* (1836); Kohler, *D. Dispositionsnieszbrauch* (in *I. f. d. D.*, xxiv) 1886.

D. de usufr. et quem., q. utat. fruat. (vii, 1); *I. de usufr.* (ii, 4); *C. de usufr.* (iii, 33).

Cod. civ. it., art. 477-520; C. c. fr., a. 578-624; C. c. austr., §§ 509 e segg.; C. c. sass., §§ 604 e segg.; C. c. neerl., a. 803-864; C. c. port., a. 2197-2253; C. c. della Rep. Arg., a. 2807-2947; C. c. mess., a. 963-1034; C. c. dell'Ur., a. 456-502; C. c. del Guatem., a. 1309-1380; C. c. del Chilì, a. 764-810.

1. L'*usufrutto* è il diritto di godere della cosa di cui altri abbia il dominio nel modo che ne godrebbe il proprietario, ma con l'ob-

bligo di conservarne la sostanza tanto nella materia quanto nella forma (*C.* ***471***); è un diritto *reale* per il rapporto che contiene, ed è così distinto dalla proprietà del fondo su cui cade, da poter essere dato validamente in ipoteca (*C.* ***1967***, 2°): nè può allegarsi in contrario un preteso usufrutto *causale* che apparterrebbe al proprietario, perchè questo gode della cosa sua per il diritto di proprietà; è *personale*, perchè non è trasmissibile agli eredi; è *divisibile;* così più persone possono avere l'usufrutto su parti distinte della stessa cosa, oppure su una parte ideale di essa, anche se questa per intero non vi fosse soggetta.

L'usufruttuario può esercitare il suo diritto come fa il proprietario, e però col mezzo altrui; egli non ha il possesso legittimo della cosa, perchè su questa non può aver l'animo di tenerla come propria, ma ha il possesso legittimo del suo diritto considerato a sè, indipendentemente dalla cosa su cui cade. Come diritto reale di godimento differisce dall'enfiteusi, perchè il soggetto di questa ha un diritto più esteso, e di maggiore entità, come quello ch'è trasmissibile: e differisce dalla locazione delle cose, e dall'anticresi per essere questi diritti di obbligazione.

2. L'usufrutto si può costituire sopra qualunque specie di beni, mobili od immobili, in commercio; e non solo su cose corporali, ma anche su incorporali (p. es. un credito): si costituisce pure sulle cose di cui non si può far uso senza che si consumino d'un tratto, e in tal caso si ha il *quasi-usufrutto* (v. § 165, A).

3. Esso è stabilito dalla *legge*, e si ha l'usufrutto *legale* (p. es., *C.* ***228***), o *dalla volontà dell'uomo,* mediante atto tra vivi o di ultima volontà, sia a titolo oneroso che gratuito. Chi lo costituisce e colui a di cui favore è costituito devono essere legalmente capaci, e se fosse conceduto successivamente a più persone con atto di ultima volontà, solo i primi chiamati possono goderne, morto il testatore (*C.* ***901***). Può costituirlo chi sia proprietario della cosa (o possessore di b. fede se l'atto fosse a titolo oneroso, e se in b. fede è la persona a cui vantaggio è costituito): se non lo fosse, concorrendo la *prescrizione* di trenta o di dieci anni, l'usufrutto sarà validamente costituito; possono pure costituirlo l'enfiteuta ed il superficiario limitatamente alla durata del loro diritto (*C.* ***665***): ed anche il marito per i poteri lati spettantigli come amministratore

del fondo dotale, ch'è sottratto alla proprietà della moglie, ma solo per il tempo durante il quale avrà tale amministrazione (*C.* ***665***). La costituzione può esser fatta puramente e semplicemente, o sotto condizione, o con determinazione di tempo; in questo caso giova avvisare alle nozioni sul *termine* in ordine alla nascita dei diritti reali. Finalmente, si può stabilire l'usufrutto per modo di acquisto originario colla prescrizione trentennale (poss. legittimo, § pres. l): il modo col quale il possesso è tenuto, varrà a decidere se si tratta di prescrizione dell'usufrutto o della proprietà.

Quando fosse costituito su cosa immobile per atto fra vivi, le forme da osservarsi fra le parti o per la efficacia dell'atto rispetto ai terzi sono quelle determinate in ordine alla proprietà; così pure, quando lo fosse su cosa mobile, queste norme dichiarano il modo col quale esiste di fronte ai terzi.

§ 165. — *Diritti dell'usufruttuario.* — 1) Godimento.

V. fonti cit. nel § 164.

L'usufruttuario ha la cosa nello stato in cui è al cominciare dell'usufrutto (*C.* ***496*** pr.), e vi esercita il diritto di *godimento* facendo suoi i frutti che la cosa produce, e cioè i frutti naturali ed industriali, e quelli che son prodotti in occasione della cosa, fr. *civili* (*C.* ***479***): su di essi esercita un potere di disposizione, come lo eserciterebbe chi fosse proprietario della cosa. Il suo godimento dell'immobile si estende a tutti i diritti di servitù inerenti al fondo, e generalmente a tutti quei diritti dei quali potrebbe godere il proprietario: perciò delle accessioni propriamente dette, e delle isole che estendessero il dominio del proprietario. In base allo stesso principio, se il godimento cadesse su di un titolo di credito che potesse concorrere ad estrazione di premio, in caso di vincita si estenderebbe l'usufrutto alla somma così avuta.

I frutti naturali sono acquistati dall'usufruttuario mediante percezione, senza distinguere la causa che li abbia separati dalla pianta: e fa suoi anche quelli che non fossero separati al momento in cui l'usufrutto comincia, senza obbligo al compenso dei lavori e delle sementi, ma senza pregiudizio della porzione che potesse spettarne al mezzaiuolo (*C.* ***480***): l'una e l'altra norma hanno causa nel di-

ritto dell'usufruttuario alla cosa nello stato in cui è quando l'usufrutto ha principio, cosicchè deve rispettare gli atti di amministrazione già fatti dal proprietario. I frutti *civili* si reputano acquistati giorno per giorno (*C. 481*), sebbene in effetto l'usufruttuario li tocchi alla scadenza dei termini pattuiti, e sebbene, questi scaduti, non li avesse ancora esatti; se tali frutti dovessero essere corrisposti mediante una data porzione di frutti naturali del fondo, il loro carattere non cangia. E son frutti civili quelli che acquista l'usufruttuario di una rendita (vitalizia o perpetua), il quale ha il diritto di riscuotere le pensioni che si maturano di giorno in giorno lungo la durata del suo diritto (*C. 482*).

A. L'esercizio del diritto di godimento è diverso secondo la diversa natura delle cose che sono oggetto dell'usufrutto: ma il criterio generale contenuto nella definizione basta a precisarne l'entità in qualunque caso. Si hanno tuttavia regole speciali: *a*) per l'usufrutto che comprende *cose delle quali non si possa far uso senza consumarle* (p. es., denaro, grani, liquori): l'usufruttuario ha diritto di servirsene, e deve, se venne fatta la stima della cosa, restituirne l'ammontare al termine dell'usufrutto: e se non venne fatta stima, ha la scelta di restituire la cosa in eguale quantità e qualità, oppure di pagarne il prezzo convenuto al tempo della cessazione dell'usufrutto (*C. 483*). Cotesta ipotesi contiene appunto il quasi-usufrutto, detto così perchè l'usufrutto vorrebbe il godimento rimanendo salva la sostanza della cosa; e ne differisce, perchè in chi lo ha passa la proprietà, e però l'intero rischio della cosa consegnatagli, della quale, finito l'usufrutto, rende l'equivalente; *b*) se l'usufrutto comprende cose che senza consumarsi in un tratto si deteriorano a poco a poco con l'uso (p. es., la biancheria e la mobilia), l'usufruttuario ha diritto di servirsere per l'*uso a cui sono destinate*, e non è tenuto a restituirle al cessare dell'usufrutto se non nello stato in cui si trovano, perchè valendosi del suo diritto non offende quello del proprietario: salvo l'obbligo di tenerlo indenne se per dolo o colpa sua fossero deteriorate (*C. 484*). *c*) Se l'usufrutto comprendesse un *bosco ceduo*, deve trarne i frutti nel modo col quale a questo scopo il proprietario costituente, od i proprietari precedenti avessero disposto l'ordine e la quantità dei tagli; e solo mancando cotesta norma, egli potrà osservare la *pratica costante* dei

proprietari (*C. 485*). Qualora il bosco fosse di *alto fusto*, ed il proprietario costituente l'avesse distribuito in tagli regolari da farsi periodicamente sopra una certa quantità di terreno o sopra una determinata quantità di alberi presi indistintamente su tutta la superficie del fondo (*C. 486*), l'usufruttuario non lede la sostanza della cosa traendone eguale frutto (osservate le epoche del taglio e la pratica del proprietario costituente), dacchè questá era la destinazione data dal proprietario al bosco. Se gli alberi fossero svelti o spezzati per accidente, l'usufruttuario non vi ha diritto, essendo questo limitato ai frutti da percepire nel modo che si è detto: salvochè non gli servissero per le riparazioni (*C. 488*) cui è tenuto (v. § seg.); e, osservando l'uso del paese o la pratica dei proprietari, può nei boschi prendere pali per le vigne *comprese nell'usufrutto*, ed anche i prodotti annuali o periodici degli alberi (*C. 489*). *d*) Sempre in base al criterio sul diritto dell'usufruttuario ai frutti quali son prodotti dalla cosa al momento in cui l'usufrutto comincia, egli gode delle miniere, delle cave, e delle torbiere aperte ed in esercizio al tempo in cui comincia l'usufrutto: sia percependone direttamente i prodotti, s'era già esercitato dal proprietario; sia il corrispettivo dovuto a questo dal terzo al quale fosse stata conceduta, o locata (*C. 494*). *e*) Appartengono all'usufruttuario gli alberi fruttiferi che periscono, e quelli che fossero svelti o spezzati *per accidente*, perchè è da presumere che ciò non sia derivato da incuria dell'usufruttuario il quale avrebbe anzi interesse a conservarli per averne i frutti (a differenza di quanto si presume per gli alberi non fruttiferi); ma egli ha l'obbligo di surrogarne altri (*C. 490*); *f*) formando parte dell'usufrutto anche i piantoni di un semenzaio, l'usufruttuario che ne profitta deve rimettere i virgulti, e tanto nell'estrarli che nel rimetterli, deve osservare il tempo ed il modo voluto dagli usi locali (*C. 491*).

B. Non sono compresi nel novero dei frutti (salva la contraria volontà delle parti): 1) il taglio di alberi di alto fusto, perchè stante la lunghezza del tempo necessario onde, rinati che siano, diventino vigorosi, meglio che percezione di frutti il loro taglio sarebbe diminuzione della *sostanza* del valore del fondo; sono tuttavia eccettuate: la ipotesi esposta (v. A, c) della necessità di riparazioni (v. § seg.) e la ipotesi di alberi di alto fusto sparsi per la campagna

e che *per consuetudine locale* fossero destinati ad essere tagliati periodicamente (*C. 487*); 2) le miniere, cave, o torbiere non ancora aperte al tempo in cui comincia l'usufrutto (v. A, *d*); 3) il tesoro scoperto durante l'usufrutto (salve le sue ragioni come inventore, se lo avesse trovato). Quest'ultima soluzione è data in applicazione del criterio sul quale si fonda il diritto di godimento, il quale cioè non si può estendere su cose che non siano una continuazione necessaria di quella su cui originariamente l'usufrutto è stato costituito: gli altri sono conseguenza dell'essere il diritto dell'usufruttuario limitato ai *frutti*, senza che abbia alcun potere di modificare la sostanza della cosa.

§ 166. — *Contin.*, 2) *Amministrazione*, 3) *Disposizione*.

1. Per il diritto che l'usufruttuario ha al godimento della cosa (entro i limiti designati dalle obbligazioni che gli incombono), gli si deve pure riconoscere il diritto di amministrarla (arg. *C. 493*), e di fare i miglioramenti e nuove costruzioni che stimi utili (arg. *C. 495*), e conferiscano alla destinazione della cosa senza lederne la sostanza.

2. Egli può cedere (*C. 492*) l'*esercizio* del diritto a titolo oneroso o gratuito, ma non il diritto stesso, perchè in tal caso, la durata dell'usufrutto, contro la volontà del costituente e la essenza stessa dell'istituto, dipenderebbe dalla vita (tranne, s'intende, il caso di costituzione originaria a termine) del cessionario. Questa cessione potrebbe solo aver luogo quando fatta al proprietario; il che darebbe luogo alla estinzione dell'usufrutto per *consolidazione*.

§ 167. — *Obbligazioni dell'usufruttuario*.

V. fonti cit. nel § 164.

Le obbligazioni dell'usufruttuario sono contenute nel criterio fondamentale del dovere tener salva la *sostanza della cosa:* ed a quest'unico scopo sono coordinate le seguenti:

1) L'obbligazione di far l'inventario dei mobili e la descrizione dello stato degli immobili soggetti all'usufrutto, perchè risulti dello stato della cosa al momento in cui l'usufrutto comincia: questi atti vanno fatti presente il proprietario, od anche senza il suo intervento quando sia stato debitamente citato, e le spese relative sono

a carico dell'usufruttuario, perchè fatte nel suo interesse. Mancando l'adempimento di cotesta obbligazione, l'usufruttuario non può domandare gli sia consegnata la cosa: la dispensa che egli avesse avuto dal compiervi, non toglierebbe il diritto del proprietario a richiederne la esecuzione, perchè potrebbe favorire e celare la mala fede dell'usufruttuario nel dar danno alla cosa: ma in tale ipotesi le spese degli atti sono a carico del richiedente, il quale solo ha interesse all'atto, in base alla dispensa accordata (*C. 496*). Questa è la sola garanzia conceduta al proprietario: perciò, se egli avesse consegnato all' usufruttuario la cosa senza inventario, o lo avesse dispensato dal farlo, non avrebbe diritto di invocare la presunzione che le cose fossero in buono stato (p. es., *C. 1586*): può solo valersi di qualunque prova per stabilire cotesta circostanza, salve le limitazioni in ordine alla prova testimoniale, alla presunzione ed alla confessione estragiudiziale.

2) L'usufruttuario deve dar *cauzione* di godere da buon padre di famiglia: se non potesse darla, o non potesse darla sufficiente, la legge concilia i diversi interessi, ordinando che gli immobili siano affittati e messi sotto amministrazione, salva la facoltà all'usufruttuario di farsi assegnare per la propria abitazione una casa compresa nell'usufrutto: che i denari compresi nell'usufrutto siano collocati ad interesse, ed i titoli al portatore si convertano in carte nominali a favore del proprietario con l'annotazione dell'usufrutto: che le derrate siano vendute, ed il loro prezzo venga collocato ad interesse. In tal modo è guarantito il diritto del proprietario, e lo è pure quello dell'usufruttuario, al quale appartengono gli interessi dei capitali, le rendite ed i fitti (*C. 498*). Qualora l'usufrutto fosse costituito su cose mobili che si deteriorano con l'uso, non dandosi cauzione dall'usufruttuario, il proprietario può chiedere che siano vendute, salvo all'usufruttuario la facoltà di chiedere all'autorità giudiziaria (la quale potrà ordinarlo secondo le circostanze) gli sia lasciata una parte dei mobili necessari pel proprio uso, con l'obbligo di restituirli in fine dell'usufrutto (*C. 499*): il prezzo dei mobili venduti sarà collocato ad interesse, e questo appartiene all'usufruttuario. Cosicchè, essendo in ogni modo tutelato il diritto del proprietario, il ritardo nel dare la cauzione non priva l'usufruttario del diritto sui frutti che gli fossero dovuti dal giorno in cui l'usufrutto è cominciato

(*C. 500*). L'usufruttuario può essere *dispensato* dal dare cauzione, e la dispensa è ordinata: *a*) dalla *legge*, che la statuisce rispetto al padre ed alla madre ai quali è dovuto l'usufrutto legale sui beni dei loro figli, al venditore ed al donante con riserva di usufrutto: il marito amministratore dei beni dotali, non usufruttuario, ma tenuto alle obbligazioni dell' usufruttuario, ne è dispensato (*C. 497, 1400*); *b*) o dal *titolo*. Ma la dispensa non impedisce che durante l'usufrutto si possa instare per la cauzione, quando l'usufruttuario abusi del suo diritto (*C. 516, 1400*).

3) La diligenza che l'usufruttario deve tenere nel godimento della cosa è la ordinaria, vale a dire quella che di solito suol avere un buon padre di famiglia nel governo delle cose sue (*C. 497, 1224*): a meno che il titolo non disponesse di un grado maggiore o minore.

4) Dovendo mantener salva la sostanza della cosa, l' usufruttuario è pur tenuto alle riparazioni ed altri oneri gravanti sulla cosa: ma cotesto obbligo va inteso in relazione all'esercizio del suo diritto. Perciò, quanto alle riparazioni, egli è tenuto alle sole *ordinarie* (*C. 500*), inerenti al godimento perchè vi si suole provvedere coi frutti della cosa, la quale diversamente non potrebbe darli, o li darebbe di minore entità per quantità e qualità; riparazioni straordinarie son quelle che non si fanno periodicamente, non concernono cioè la semplice manutenzione della cosa e sono a perpetuo vantaggio di essa: tali sono, tassativamente, le riparazioni ai muri maestri ed alle vôlte, la *sostituzione* di travi ed il *rinnovamento intero* o di una *parte notabile* dei tetti, dei solai, degli argini, degli acquedotti e dei muri di sostegno e di cinta: ogni altra riparazione è ordinaria (*C. 504*). È pure tenuto, finchè dura l'usufrutto, ed anche se ne avesse ceduto l'esercizio ad altri, a tutti i carichi annuali del fondo, come sarebbero i tributi, i canoni ed altri pesi che secondo la consuetudine gravano i frutti (*C. 506*): se fosse usufruttario di un patrimonio o di una quota di patrimonio, non intendendosi in tal caso il concetto di *frutto* senza deduzione delle spese, deve per intero nel primo caso, e nell'altro in proporzione della sua quota, soggiacere al pagamento di tutte le annualità sì perpetue che vitalizie, e degli *interessi* (onere corrispondente al diritto ch'egli ha sui *frutti* della cosa) di tutti i debiti o legati di cui il patrimonio fosse gravato (*C. 509*). Che se dovesse farsi il paga-

mento di un capitale, o l'usufruttuario anticipa la somma per la quale il fondo deve contribuire, e finito l'usufrutto gliene vien fatta restituzione *senza interesse* (perchè egli ebbe i frutti della cosa): o non vuol farla, ed allora, il proprietario ha facoltà di pagare tal somma, e l'usufruttuario gli corrisponde durante l'usufrutto il relativo interesse, o di far vendere una porzione dei beni soggetti all'usufrutto, sino alla concorrente somma dovuta (*C.* ***509*** al.). Per le riparazioni cui è tenuto, l'usufruttuario può adoperare gli alberi di bosco ceduo o di alto fusto esistenti nel fondo soggetto all'usufrutto, che siano stati svelti o spezzati per accidente (v. § prec.), ed a questo scopo, quando il bisogno lo imponesse, può farne anche atterrare, purchè ne faccia constare la necessità al proprietario, i cui diritti altrimenti sarebbero lesi (*C.* ***488;*** § prec.); trattandosi di opere a vantaggio della cosa, sono così conciliati equamente l'obbligazione dell'usufruttuario coi diritti spettanti al proprietario.

5) Le spese delle liti riguardanti l'usufrutto, nonchè le condanne cui le stesse liti potessero dar luogo, devono essere sopportate dall'usufruttuario, che è il solo interessato: se invece vi fosse pure interessato il proprietario, per esserne oggetto anche il suo diritto di proprietà, ciascheduno di essi deve concorrervi in proporzione del rispettivo interesse (*C.* ***510***).

6) L'usufruttuario è tenuto a denunciare al proprietario le usurpazioni od altri atti coi quali un terzo ne offendesse le ragioni (*C.* ***511***).

7) Non può cangiare la destinazione della cosa, sebbene possa introdurvi quelle modificazioni che, senza alterarne la sostanza, conferiscono meglio efficacemente alla destinazione stessa; nè, mancandogli il diritto di disposizione, può gravare la cosa di servitù.

8) Risponde dei danni dati colposamente: p. es., è tenuto alle riparazioni straordinarie se queste fossero occasionate dal non aver egli provveduto alle ordinarie cui era obbligato (colpa in *non faciendo, C.* ***501***); ai danni che fossero derivati al proprietario per non avergli denunciate le usurpazioni commesse da un terzo nella cosa (*C.* ***511***): o per aver colto i frutti naturali prima della maturità, od i frutti civili non scaduti, quando da ciò fosse derivato danno al proprietario per essere l'usufrutto cessato prima dell'epoca della maturità o scadenza (*C.* ***482*** in f.).

9) Se l'usufrutto fosse costituito su di un gregge o su una mandra, e questa non perisse interamente, l'usufruttuario è tenuto a surrogare gli animali periti, sino alla concorrente quantità degli animali *nati dopo* che la mandra od il gregge cominciò ad esser mancante del numero primitivo, e non dei nati prima: questi egli fece suoi come frutti (*C.* ***513***). Surrogazione equa nell'interesse del proprietario e dello stesso usufruttuario, con la quale è tenuta salva la sostanza della cosa destinata a dare periodicamente i frutti.

La legge pone a carico dell'usufruttuario l'obbligazione di ricevere la cosa nello stato in cui si trova (*C.* ***496***): il che è solo conseguenza del diritto spettante al proprietario in proposito (v. § seg.).

§ 168. — *Diritti ed obblighi del proprietario.*

V. fonti cit. nel § 164.

1. Il proprietario, oltre i diritti corrispondenti alle obbligazioni che sono a carico dell'usufruttuario quanto al tener salva la sostanza della cosa (v. § prec.), ha il diritto, trattandosi di servitù, di non essere obbligato *a fare* alcunchè nel fondo servente a vantaggio dell'usufruttario: perciò questi deve ricevere la cosa nello stato in cui si trova al cominciare dell'usufrutto, e non può obbligare il proprietario a fare le riparazioni straordinarie occorrenti in tal tempo, oppure durante l'usufrutto (arg. *C.* ***502***, ***503***). Che se egli eseguisse tali riparazioni, e queste sussistessero ancora al tempo in cui cessa l'usufrutto, avrebbe diritto al rimborso del valore delle opere fatte, senza interessi (v. § prec.): se poi non volesse anticipare la somma occorrente, ed il proprietario acconsentisse ad eseguirle a proprie spese, egli deve durante l'usufrutto corrisponderne gli interessi: sono spese fatte nell'interesse sì del proprietario che dell'usufruttuario, e perciò ognuno vi è tenuto in relazione all'entità del diritto rispettivo (*C.* ***502***, ***503***). E ciò ha pur luogo, quando per vetustà o caso fortuito, rovinasse *solo in parte* l'edificio formante un *accessorio* necessario pel godimento del fondo soggetto ad usufrutto (*C.* ***505***, v. § seg.).

2. L'obbligazione cui è tenuto il proprietario è di non menomare in qualunque modo il diritto dell'usufruttuario (*C.* ***425*** in pr.) a trarre dalla cosa il vantaggio inerente alla destinazione di essa: così, può imporre sul fondo soggetto ad usufrutto una servitù che non pre-

giudichi il diritto dell'usufruttario, e non una che lo diminuisca, a meno che l'usufruttario vi acconsenta (*C.* ***635***): ma non è violazione di cotesto diritto la diminuzione di godimento derivante dalle riparazioni straordinarie. È pur tenuto al pagamento dei carichi imposti sulla *cosa* durante l'usufrutto, perchè a quelli gravanti sui frutti provvede l'usufruttuario (*C.* ***507***): e, in relazione al suo diritto, l'usufruttuario deve corrispondere l'interesse della somma pagata (v. § prec.). I debiti per i quali fosse ipotecato il fondo, i censi e le rendite semplici imposte sul medesimo, debbono essere estinti dal proprietario quando il fondo fosse solo oggetto determinato, particolare dell'usufrutto, o facesse parte di cose particolari su cui l'usufrutto fosse costituito: e qualora l'usufruttuario fosse costretto al pagamento, avrebbe il regresso contro il proprietario (*C.* ***508***); ciò a differenza del caso di usufrutto costituito su un patrimonio od una quota parte di esso (§ preced.).

§ 169. — *Modi coi quali l'usufrutto ha fine.*

V. fonti citate nel § 164.
D. quib. mod. ususfr., v. us. amitt. (VII, 4).

1. L'usufrutto ha fine, 1) con la *morte* dell'usufruttuario, e se usufruttuario fosse un comune od altro corpo morale dopo decorsi trent'anni, o prima se il corpo morale si estingue: tal durata non può essere ecceduta nel titolo costitutivo della servitù. Coteste disposizioni hanno il loro fondamento nella necessità di favorire la causa della proprietà (*C.* ***516, 518***); 2) con lo spirare del tempo per cui fu stabilito, potendosi l'usufrutto costituire *ad diem* (§ 164): e intendendosi costituito così l'usufrutto conceduto fino a che una terza persona sia giunta ad una determinata età, sebbene questa muoia prima, pure l'usufrutto dura sino a tal tempo, salva la contraria volontà del costituente (*C.* ***516, 517***); 3) con la *consolidazione,* ch'è la riunione nella stessa persona delle qualità di usufruttuario e di proprietario, perchè nessuno può tenere la cosa ch'è propria a titolo di servitù (*C.* ***516***): ma l'usufrutto rinasce se l'atto col quale la consolidazione avvenne sia stato rescisso o risoluto; 4) con la *rinuncia* (espressa o tacita) dell'usufruttuario, che opera, per i principii generali, anche quando non sia avvenuta l'accettazione del proprietario; 5) col *non uso* per lo spazio di trent'anni (prescrizione

estintiva, *C.* ***517***); 6) col *totale perimento* della cosa sulla quale fu stabilito, il che avviene se la cosa è talmente cangiata da non servire più alla destinazione che aveva (*C.* ***517***): se fosse perita una sola parte della cosa soggetta ad usufrutto, questo è conservato sopra quanto rimane (*C.* ***519***). Quando l'usufrutto fosse stabilito su un podere del quale facesse parte un edifizio, e questo venisse in qualsiasi modo a perire, l'usufruttuario ha diritto a godere dell'area e dei materiali, e l'usufrutto rinascerebbe in caso di ricostruzione dell'edificio, ove questo fosse accessorio necessario al godimento del fondo (*C.* ***505***). Lo stesso avrebbe luogo, qualora l'usufrutto fosse stabilito su un edifizio, perchè non si potrebbe dire aversi qui perdita *totale* della cosa: in questa ipotesi il proprietario può valersi dell'area e dei materiali per costruirne un altro, ma siccome l'usufruttuario aveva il diritto di godimento dell'area e dei materiali, così, durante l'usufrutto il proprietario dovrà pagargli l'interesse del valore che le cose adoperate avevano (*C.* ***520***); 7) per l'*abuso* che l'usufruttuario facesse del diritto suo, o alienando i beni, o deteriorandoli, o lasciandoli andare in perimento per mancanza di ordinarie riparazioni: è tuttavia in facoltà dell'autorità giudiziaria di conciliare i diritti dell'usufruttuario con quelli del proprietario, obbligando l'usufruttuario a dar cauzione se ne fosse esente, oppure, ordinando l'affitto dei beni, o ponendoli sotto amministrazione a di lui spese, od anche dandoli in possesso al proprietario con obbligo di pagare annualmente all'usufruttuario od ai suoi aventi causa, durante l'usufrutto, una somma determinata (*C.* ***516***). Al giudizio possono intervenire i creditori dell'usufruttuario, interessati a che questo rimanga nell'esercizio del suo diritto, per aver modo di esserne pagati: essi intervengono per conservare le proprie ragioni, e lo possono pure per offrire il risarcimento dei danni e dar cauzione per l'avvenire (*C.* ***516***), come potrebbe farlo l'usufruttuario (*C.* ***516***, 2 al. e ***516***, 1 al.); 8) per la *risoluzione* del diritto del costituente, quando la costituzione non fosse avvenuta prima che fosse trascritta la domanda di rivocazione, nei casi in cui la legge lo consenta: e salva pure l'ipotesi di cose mobili avute in usufrutto in buona fede (*C.* ***707***).

A. Con la fine dell'usufrutto sorgono diritti ed obbligazioni rispetto al proprietario ed all'usufruttuario, od ai suoi eredi se l'usu-

frutto ebbe termine con la di lui morte. 1) Il proprietario ha diritto ai frutti naturali non ancora separati quando l'usufrutto finisce, ed ai frutti civili non scaduti, cosicchè se l'usufruttuario avesse separato gli uni od esatto gli altri anzi tempo, darebbe danno ingiusto al proprietario, il quale avrebbe diritto di agire per la indennità (*C.* ***480, 482***); il proprietario non deve per i frutti naturali, che così gli appartengono, alcun compenso per i lavori e le sementi, e ciò in relazione ad egual diritto che l'usufruttuario ha col togliere la cosa nello stato in cui si trova. 2) Siccome l' usufruttuario per esercitare il suo diritto di godimento ha il potere di amministrare la cosa, non si può in tal caso applicare nettamente la regola, che risoluto il diritto del costituente sia risoluto il diritto da lui costituito: a conciliare questa necessità coi diritti del proprietario, il quale potrebbe altrimenti essere esposto a gravi danni, la legge ha limitato la durata delle locazioni che l'usufruttuario avesse conceduto. E si ha, che, *a*) *se l'usufrutto non sia costituito a tempo certo e determinato* le locazioni fatte per un tempo eccedente i cinque anni, valgono solo per il quinquennio che è in corso al tempo della cessazione dell'usufrutto, computandosi il quinquennio dal giorno in cui la locazione ebbe principio, e così successivamente: se le locazioni fossero invece costituite per un quinquennio o per un tempo minore, e l' usufruttuario le avesse pattuite o rinnovate *più di un anno* prima della loro esecuzione, trattandosi di beni rustici, e *più di sei mesi* prima trattandosi di case, non hanno effetto quando la loro esecuzione non abbia cominciato prima che cessasse l'usufrutto: ciò onde garantire il proprietario contro ogni possibile accordo a suo danno, e specialmente per il riguardo dovuto al suo diritto. *b*) Se l'usufrutto dovesse finire in tempo certo e determinato, siccome è nota (o può esserlo) la durata del diritto dell'usufruttuario, le locazioni fatte dall'usufruttuario possono durare in ogni caso per il solo anno in corso al tempo in cui cessa l'usufrutto: e trattandosi di fondi dei quali il principale raccolto fosse biennale o triennale, per il biennio o triennio che fossero in corso (*C.* ***493***) a tal tempo.

B) Sebbene si dia come norma (*C.* ***495*** pr., *C. fr. a.* ***599***) che l'usufruttuario o chi lo rappresenta non abbia, finito l'usufrutto, diritto ad indennità per i miglioramenti fatti, quantunque ne fosse aumentato il valore della cosa, perch'egli sapeva di migliorare la cosa

altrui, e non sarebbe giusto obbligare il proprietario al rimborso del valore di miglioramenti ch'egli non avrebbe fatti: pure, non è da questo principio che vanno strettamente regolati i diritti dell'usufruttuario. È invece a decidere, che se a causa dei miglioramenti fosse accresciuto il valore della cosa, l'aumento si può compensare coi deterioramenti seguìti *senza sua grave colpa;* qualora non vi fosse luogo a compenso, sia per non esservi deterioramenti, sia per essere stati dati con colpa grave, è a distinguere: *a*) o le addizioni fatte si possono togliere con qualche profitto dell'usufruttuario e senza danno della proprietà, ed egli può ripigliarle, qualora il proprietario non preferisca di ritenerle, rimborsandolo di una somma corrispondente al prezzo che egli potrebbe ritrarne staccandole dal fondo, non essendo giusto che possa averne utilità maggiore perchè sapeva di migliorare cosa non sua; *b*) o non si possono togliere senza danneggiare la proprietà, oppure l'usufruttuario col toglierle non può trarne profitto alcuno, e allora egli non può levarle, e non avrà diritto ad indennità. È fatta eccezione per gli specchi, quadri, ed altri ornamenti che avesse fatto collocare nel fondo tenuto ad usufrutto: si tratta infatti di cose che si è soliti a porre nelle abitazioni, e che si pongono colla intenzione di ripigliarle e che col levarle non dànno guasto: ma l'usufruttuario ha l'obbligo di rimettere le cose nel pristino stato (*C. 495*).

Nei miglioramenti non sono comprese le *costruzioni* fatte dall'usufruttuario nel fondo soggetto al suo diritto: le norme da seguire a questo riguardo son quelle poste in generale sull'accessione dipendente dalla costruzione sul suolo altrui. Cotesta distinzione è data pure espressamente dalla legge (*C. 1966*), sebbene la parola *miglioramenti* possa comprendere anche le costruzioni, in casi nei quali cotesto significato è voluto dalla ragione stessa dell'istituto (*C. 1018*).

2. L'usufruttuario è obbligato per i danni dati alla cosa colposamente o con dolo: e se la cosa fosse tale da deteriorarsi a poco a poco con l'uso, egli deve restituirla nello stato in cui è al cessare dell'usufrutto, non essendo tenuto pei danni derivati dall'uso fattone con la diligenza voluta (*C. 484*). Se l' usufrutto fosse stabilito sopra un animale, e questo perisse, l'usufruttuario non è responsabile se non è in colpa: perciò non è tenuto a restituirne un altro, od a pagarne

il prezzo (*C. 512*); del pari, se fosse stabilito sopra una mandra od un gregge che fosse perito interamente senza colpa dell' usufruttuario, questi è solo obbligato verso il proprietario a render conto delle pelli (ch'egli doveva serbare) o del loro valore (*C. 513*).

Altre obbligazioni si possono imporre all' usufruttuario come applicazione della regola generale, ch' egli è tenuto alla diligenza di un buon padre di famiglia, e di esse deciderà il giudice: p. es. se l'usufruttuario di una casa abbia obbligazione di assicurarla contro l'incendio: e qui, di regola la risposta negativa è di evidenza, perchè la diligenza del buon padre di famiglia può aversi indipendentemente dall'assicurazione.

§ 170. — 2) *Uso ed abitazione.*

Windscheid, § 207; Vangerow, § 348; Brinz, § 195; Dernburg, *Pand.*, l. cit.; Arndts-Serafini, § 182; Förster, III, § cit.; Dernburg, § cit.; Aubry et Rau, § 237; Laurent, VII, 102 e segg.

D. de usu. et hab. (vii, 8); *I. de usu. et hab.* (ii, 5).

C. civ. it., a. 521-530; C. civ. fr., a. 630-636; C. c. austr., §§ 504-508; C. c. sass., §§ 637 e segg.; C. c. neerl., a. 865-876; C. c. port., a. 2254-2261; C. c. della Rep. Arg., a. 2948-2969; C. c. del Mess., a. 1035-1042; C. c. dell'Ur., a. 503; C. c. del Guatem., a. 1381-1394; C. c. del Chili, a. 811-819.

Le servitù di *uso* e di *abitazione* contengono un usufrutto assai ristretto: il diritto di uso di un fondo è limitato al potere dell'usuario di raccoglierne (direttamente) i frutti, solo in proporzione di quanto sia necessario per i bisogni suoi e della famiglia (e però anche tutti se la necessità lo esigesse): e il diritto di abitazione, che è l'*uso* avente ad oggetto una casa, attribuisce il potere di abitarla (*C. 521, 522*) in proporzione del necessario alla persona cui è conceduto, ed alla sua famiglia, secondo la condizione sua (*C. 522, 524*). Nella *famiglia* si comprendono il coniuge, nè importa che al tempo in cui il diritto è cominciato non si fosse ancora contratto il matrimonio (*C. 523*): ed i figli (anche gli adottivi, ed i naturali riconosciuti coi quali si convive), sebbene nati dopo che il diritto ha avuto esistenza. L'uso e l'abitazione si stabiliscono negli stessi modi che l'usufrutto; e come questo, così non possono essere esercitati se prima non si è formato l'inventario dei mobili e la descrizione dello stato degli immobili; le decisioni date in ordine all'usufrutto valgono pure per quanto ha tratto alle spese ed alla dispensa dell'inventario (*C. 525*);

è anche d'uopo sia data la cauzione prima dell'esercizio, ma trattandosi di usufrutto limitato, l'autorità giudiziaria può secondo le circostanze (*C. 525*), dispensare dall'obbligo di fornirla.

Del diritto di uso e di abitazione, stante il contenuto limitato, non può essere ceduto l'esercizio (*C. 528*): e, sempre tenuto conto di cotesta restrizione, il titolare ha nel godimento i diritti dell'usufruttuario, e le stesse obbligazioni: fra le quali quella di adoperare la diligenza di un buon padre di famiglia, e di sopportare le spese di coltura, delle riparazioni ordinarie ed il pagamento dei tributi, in tutto od in proporzione al suo godimento, secondochè raccoglie tutti i frutti del fondo, od abita tutta la casa, oppure solo in parte (*C. 527*).

La perdita dei diritti di uso e di abitazione avviene per le stesse cause dalle quali è prodotta la estinzione dell'usufrutto (*C. 529*).

A. Leggi speciali regolano l'uso dei boschi e delle foreste (*C. 530*).

§ 171. — *Tutela delle servitù personali.*

A tutela del suo diritto, il titolare della servitù personale può esercitare l'azione data in generale a difesa del *diritto di servitù*, ch'è la *confessoria:* per la guarentigia del solo *possesso* può esercitare l'azione di reintegrazione, ed anche quella di manutenzione se oggetto della servitù sia una cosa immobile. A parte queste difese relative alle *servitù* in generale, si ha che l'usufruttuario e l'usuario di un fondo possono esercitare alcune delle azioni date al proprietario, ma non attinenti in modo essenziale al diritto di *proprietà:* p. es. l'azione di regolamento di confine, e di stabilimento di limite; quando l'usufrutto, l'uso o l'abitazione cadessero sopra case, cortili o giardini situati nelle città e nei sobborghi, il titolare del diritto può costringere il vicino a contribuire alle spese di costruzione e riparazione dei muri di cinta, valendo anche per lui i motivi d'ordine pubblico (sicurezza) che sono uno dei fondamenti della legge (*C. 559*).

C) *Servitù prediali.*

§ 172. — *Generalità.*

WINDSCHEID, § 209; VANGEROW, § 340; BRINZ, §§ 187-188; DERNBURG, *Pand.*, §§ 238 e segg.; ARNDTS-SERAFINI, § 183; FÖRSTER, § 187; SIEBENHAAR. §§ 257 e segg.; STUBENRAUCH, § 472; DERNBURG, §§ 292 e segg.; AUBRY et RAU, § 239; LAURENT, VII, 125.

CAEPOLLA, *Tractatus de servitut. tam urban., q. rusticor. praediorum* (e. 1552); PARDESSUS, *Tr. des servitudes* (e. 1834); ELVERS, op. cit.

D. de servitut. (VIII, 1); *D. comm., praed., tam urb., q. rustic.* (VIII, 4); *I. de servitut.* (II, 3).

Cod. civ. it., a. 616-618; C. c. fr., a. 686-689; C. c. austr., §§ 472-479; C. c. sass., §§ 535-555; C. c. neerl., a. 721-725; Cod. civ. port., a. 2267-2271; C. c. della Rep. Arg., a. 2970-2976; C. c. del Mess., a. 1043-1055; C. c. dell'Ur., a. 512-519; C. c. del Guat., a. 1189-1200; C. c. del Chilì, a. 820-832.

Servitù *prediale* è il peso imposto sopra un fondo proprio a vantaggio di un fondo altrui; e nella parola *vantaggio* si contengono il concetto di necessità e quello di semplice utilità (anche voluttuaria) del fondo cui la servitù è dovuta. Così la servitù è diritto reale: il fondo su cui grava toglie nome di *servente*, e quello cui è dovuta, di *dominante;* il quale, malgrado l'apparenza che ne ha, non è il soggetto del diritto come tale, e non ha entità di persona giuridica, imperocchè la servitù è estensione del diritto di proprietà del fondo dominante, e vi corrisponde una diminuzione dei poteri contenuti nella proprietà del fondo servente. Per il che, rispetto ai due fondi la servitù è *qualità* del diritto di proprietà di essi, è un elemento che aderisce a cotesto diritto; il proprietario del fondo dominante può dunque, per il suo diritto di proprietà, goderne, e con tal diritto trasmetterla in altri anche senza clausola espressa: e qualunque proprietario del fondo servente deve rispettarne l'esistenza, sebbene nel trasferirgli la proprietà dell'immobile il suo autore non l'avesse dichiarata (salva a lui l'azione per evizione in dati casi, ***C. 1494***).

Oltre i principii generali (§ 160) che hanno applicazione nella materia, in ordine alle servitù prediali si hanno le seguenti norme fondamentali: ***a***) la costituzione della servitù suppone l'esistenza di un vantaggio derivante da essa al fondo cui è dovuta; ***b***) cosicchè i due fondi debbono essere in tale rapporto di vicinanza da poter essere cotesto vantaggio prestato efficacemente, e però confinanti od anche

semplicemente vicini; *c*) la servitù prediale, perchè dovuta al fondo intero, è indivisibile: quindi, anche se il fondo dominante fosse diviso in più parti, a ciascheduna di queste sarebbe dovuta la servitù, salvo il caso ch'essa sia stata costituita rispetto ad una data parte del fondo, alla quale sarebbe perciò ristretto il titolo di dominante; e salve le norme governanti l'esercizio della servitù (§ 181). Così pure, se in più parti fosse diviso il fondo servente. *d*) Per il concetto suo, la servitù prediale non può esistere a vantaggio di una persona (*C.* ***616***): in questo caso la servitù non sarebbe reale, ma personale, oppure si avrebbe un rapporto di obbligazione; *e*) per l'identico motivo, non può esistere servitù reale dovuta da una *persona* a vantaggio di un fondo; ma nel titolo costitutivo della servitù, si può bene stabilire che il fondo servente sia sempre tenuto in tale stato da potervi esercitare la servitù dovuta, e questa non è obbligazione a carico del solo proprietario costituente la servitù (arg. della facoltà di *abbandono*, *C.* ***643***), ma è una modalità della costituzione avvenuta; perciò accede a questa, senza esserne tuttavia di essenza, e non potrebbe esserlo, ripugnandovi il concetto di servitù prediale; *f*) occorrendo dubbio sulla estensione della servitù è a preferire sempre la soluzione più favorevole alla libertà del fondo (arg. *C.* ***647***).

§ 173. — *Divisione delle servitù.*

Aubry et Rau, § 248; Laurent, VIII, 125-143.

Svariate sono le forme che una servitù prediale può togliere, perchè di assai specie possono essere la necessità o la utilità che il fondo dominante ne ritrae: così si può avere una servitù di veduta diretta od a prospetto (§ 153); di stillicidio (§ 154); di immettere il fumo nel fondo altrui, o l'acqua che non scola naturalmente nel fondo inferiore (§ 156); di appoggiare l'edifizio su un muro divisorio del quale non si sia pretesa la comproprietà, di non fabbricare sopra un fondo, od oltre una data altezza; di tagliar legna o pali per la industria o coltivazione esercitata nel fondo dominante, o asportarne della terra per lo stesso oggetto; di pascolo del bestiame immobilizzato per destinazione al fondo dominante. In questi casi la servitù è prediale, avendone tutti i caratteri.

Si dividono le servitù:

a) per *il modo di esercizio*, in *continue* e *discontinue*: le

une son quelle il cui esercizio è o può essere continuo senza che sia necessario un *fatto attuale* dell'uomo (**C. 617**): nè rileva se il fatto dell'uomo abbia disposto le cose in modo da potersi esercitare la servitù, quando poi non è necessario per l'esercizio di essa; e neppure osta il trattarsi di servitù il cui esercizio abbia luogo ad intervalli di tempo (**C. 619**). Hanno tal carattere le servitù di acquedotto, di stillicidio e di prospetto, perchè poste le cose nello stato ch'è necessario per l'esercizio loro, questo ha luogo indipendentemente dal fatto dell'uomo; ed altre simili. Sono invece servitù *discontinue* quelle che per essere esercitate richiedono un fatto attuale dell'uomo: ad es., la servitù di passaggio, di attingere acqua, di condurre le bestie al pascolo (**C. 617**);

b) in ordine alla loro *manifestazione esteriore*, in *apparenti* e non *apparenti:* sono apparenti quelle che si manifestano con segni visibili, come una porta, una finestra, un acquedotto; non apparenti quelle che non dimostrano segni visibili di loro esistenza: tali le servitù di non edificare sopra un fondo, o di non edificare oltre un'altezza determinata (**C. 618**);

c) in ordine al loro contenuto, in *affermative* o *positive*, e *negative:* le une si hanno quando il proprietario del fondo dominante può fare (*oppure* quando il proprietario del fondo servente deve soffrire che altri faccia) sul fondo soggetto a servitù cose che senza questa non avrebbe avuto diritto di fare (*aliquid pati*); le altre quando il proprietario del fondo servente non può farvi (*oppure*, il proprietario del fondo dominante ha diritto di pretendere che il proprietario del fondo serviente non vi faccia, *ius prohibendi*) cose che, senza la servitù, avrebbe avuto diritto di fare (arg. **C. 631**).

Sono queste le sole distinzioni di servitù prediale occorrenti nella legge civile.

§ 174. — *Nascita delle servitù prediali.*

Aubry et Rau, §§ 230 e segg.; Laurent, VII, 170 e segg..

Le servitù prediali sono stabilite: 1) dalla *legge* e, 2) dal *fatto dell'uomo* (**C. 532**).

1) *Servitù prediali stabilite dalla legge* (*servitù legali*).

Non tutte le modificazioni apportate dalla legge alla estensione del diritto di proprietà si possono chiamare servitù *legali:* e di ciò venne già fatta avvertenza. La legge movendo da considerazioni di utilità pubblica, oppure privata (*C.* ***533***), regola l'esercizio del diritto di proprietà, senza dar nascita a rapporto alcuno di servitù: così, nell'interesse generale è regolata la proprietà relativamente al corso delle acque, ai marciapiedi lungo i fiumi e canali navigabili od atti al trasporto, alla costruzione e riparazione delle strade, ed altre opere pubbliche: ordinamenti statuiti con regolamenti speciali (*C.* ***534***). E nell'interesse privato, oltre i provvedimenti speciali relativi alle distanze intermedie fra le costruzioni ecc., altri sono determinati dalle leggi e dai regolamenti sulla polizia campestre (*C.* ***535***).

Ma la legge, sempre per motivo *prevalente* di privato interesse, può dar nascita a vere servitù prediali, siano continue o discontinue, apparenti o no; e queste son le sole che vogliono esser chiamate propriamente *servitù* (prediali) *legali.* Carattere speciale di coteste servitù è (salva qualche ecc ezione speciale alla materia delle acque, *v. cap. seg.*), l'aver causa nella *necessità* del fondo dominante, sia per quanto ha tratto alla coltivazione sua, o ad una industria che in esso sia esercitata: *necessità* diretta a conseguire la *utilità privata* , ch'è la locuzione generale adottata dalla legge civile. Fondamento della norma è la natura stessa del diritto di proprietà: il sacrificio della libertà di essa non può venire imposto a vantaggio di un privato senza che lo consigli una ragione di necessità, alla quale poi risponde anche l'interesse generale, legato com'è alla prosperità privata.

Le *servitù legali* propriamente dette, sono enumerate e regolate dalla legge, e, non potendosi estendere le sue disposizioni limitanti la libertà del fondo oltre i casi espressi, ne è vietata la interpretazione estensiva; così, non si può invocare la servitù di passaggio nel fondo altrui, per raccogliervi i frutti caduti dal proprio. Si dirà a suo luogo delle servitù legali relative alle acque (v. cap. seg.).

§ 175. — Cont., *Della servitù di passaggio* (necessario).

AUBRY et RAU, § 243; LAURENT, VIII, 76 e segg.
Cod. civ. it., art. 592-595; C. c. fr., a. 682-685; C. c. neerl., a. 715-718; C. c. port., a. 2309-2314; C. c. della Rep. Arg., a. 3068-3081; C. c. del Mess., a. 1091-1101; C. c. dell'Ur., a. 543-550; C. c. del Guat., a. 1236-1245; C. c. del Chilì, art. 847-850.

La servitù legale di passaggio ha luogo in due casi: nel primo dà il diritto al proprietario di un fondo circondato da fondi altrui, di passare su questi onde accedervi: nel secondo dà al proprietario che volesse costruire o riparare un muro od altra opera, il diritto di passare per questo scopo sul fondo vicino, anche se l'opera da costruire o riparare fosse comune con questo (*C. 593, 592*). Nelle due ipotesi, il fondamento della servitù è identico, la *necessità:* il peso alla proprietà altrui è imposto perchè altrimenti sarebbe impossibile al privato di trarre dal fondo tutta l'utilità della quale è suscettibile. Nella prima ipotesi (servitù di *passaggio legale* propriamente detta) il concetto della *necessità* è dato dall'essere il fondo circondato da fondi altrui, e dal mancargli perciò l'uscita sulla via pubblica: il bisogno della coltivazione o di altro conveniente uso (p. es. industriale) del fondo, dànno al proprietario il diritto di ottenere cotesta uscita sui fondi vicini. Dove egli potesse procurarsela, tuttochè con dispendio, mancherebbe il criterio della necessità: purchè il dispendio non fosse eccessivo, ossia sproporzionato alla coltivazione od all'uso che si fa o si vorrebbe fare del fondo, nel qual caso il criterio anzidetto avrebbe applicazione. E se il proprietario avesse un'uscita sulla via pubblica; ma per la coltivazione od altra destinazione mutata od ampliata, quella si rivelasse insufficiente e bisognasse ampliarla per dare transito ai veicoli, si avrebbe la *necessità,* e però la nascita del diritto di passaggio. Nella seconda ipotesi (servitù di *accesso*) la necessità è data dal non potersi senza il passaggio fare la *costruzione* o *riparazione* del muro o dell'opera sul fondo proprio: occorre anche qui il concetto della *necessità* in relazione alla utilità privata.

Quando lo stato di fatto sia tale da dimostrare l'esistenza di cotesto estremo (*necessità*), sorge a vantaggio del fondo la servitù di passaggio nel fondo vicino, senza che il proprietario debba fare istanza presso l'autorità affinchè ne sia dichiarata la esistenza: il

suo titolo ha nascita dalla legge. Ma siccome il sacrificio della libertà del fondo porta una diminuzione del valore di esso, e il proprietario non è obbligato ad aver danno per la utilità del vicino, così questo deve una indennità proporzionata al danno cagionato (*C. 594*); obbligazione che cessa, *a*) quando l'azione a domandare la indennità sia rimasta estinta con la prescrizione: in seguito a questa l'azione non è più ammissibile, senza che la servitù di passaggio ne abbia danno (*C. 597*); oppure, *b*) quando l'essere il fondo chiuso da ogni parte fosse effetto di vendita, permuta o divisione seguita: i venditori, permutanti o condividenti sono tenuti a dare il passaggio senza indennità (*C. 595*), sia perchè nelle vendite, permute o divisioni il fondo va trasferito od assegnato in modo da poter prestare a chi l'ottiene la utilità inerente alla sua destinazione: sia perchè la chiusura che dà nascita alla servitù, non deve dipendere dall'arbitrio dei vicini, ma da avvenimento fortuito, salvo il caso di passaggio esistente, e del quale fosse necessario l'ampliamento.

A conciliare il vantaggio del fondo con la minor lesione della libertà del fondo serviente, è d'uopo sia il passaggio stabilito in quella parte ove il transito del fondo circondato alla via pubblica è più breve, e riesce di minor danno al fondo cui fu concesso (*C. 593*). Se non fosse stato stabilito, l'esercizio della servitù per lo spazio di trent'anni su un dato punto del fondo servente, toglie al proprietario di questo il diritto di chiedere sia determinato, perchè qui il possesso si accompagna ad un titolo: la legge.

Dell'esercizio e della estinzione di tal servitù si dirà nell'enunciare le regole generali sulla materia.

§ 176. — *Servitù legali di acquedotto, e di infissione di chiusa.*

Di questa servitù si terrà parola nella parte speciale concernente le servitù d'acque (v. cap. seg.).

§ 177. — 2) *Servitù prediali stabilite dal fatto dell'uomo.*

Windscheid, §§ 212-214; Vangerow, §§ 350-352; Brinz, § 197; Dernburg, *Pand.*, l. cit.; Arndts-Serafini, §§ 188-190; Förster, l. cit.; Dernburg, l. cit.; Stubenrauch, §§ 480 e segg.; Aubry et Rau, §§ 250-252; Laurent, VIII, 172-220.
C. c. it., a. 629-635; C. c. fr. a. 690-695; C. c. austr., §§ 480 e segg.; C. c. sass., §§ 567-589; C. c. neerl., a. 742-749; C. c. port., a. 2272-2275; C. c. della Rep. Arg., a. 2977-3017; C. c. del Mess., a. 1139-1145; C. c. dell'Urug., a. 593-599; C. c. del Guat., a. 1284-1290; C. c. del Chilì, a. 880-884.

Mediante il fatto dell'uomo, si stabiliscono le servitù prediali con modo derivativo od originario, e nel primo caso, α) col *titolo*, e β) con *la destinazione del padre di famiglia:* nel secondo γ) con la *prescrizione* (*C. 629*).

§ 178. — *Cont.*, α) *Titolo.*

Col *titolo* si può stabilire qualunque specie di servitù prediale; e per *titolo* s'intende un atto bilaterale od unilaterale, sia questo fra vivi o d'ultima volontà, col quale sia accertata la volontà del proprietario di assoggettare il suo fondo alla servitù dichiarata. E però si richiede: 1) che il concedente la servitù sia *proprietario* del fondo (o possessore di b. fede, se in b. fede è pure il terzo che ottiene la concessione della servitù), giacchè chi non lo è, non avrebbe quel potere di disposizione necessaria perchè validamente sia diminuita la estensione del diritto di proprietà; l'usufruttuario non potrebbe perciò stabilire una servitù sul fondo soggetto ad usufrutto, e quando lo facesse, non costituirebbe, mancandogli assolutamente il potere di disposizione, un peso risolvibile col cessare del suo diritto, ed il proprietario potrebbe subito agire a tutela della libertà del suo fondo. Se il fondo appartenesse a più comproprietari *pro indiviso*, la servitù consentita da uno solo, o da tutti meno uno, non lo sarebbe validamente, perchè ognuno ha il potere di disposizione sul fondo per la sola parte ideale che gli spetta: s'intenderà stabilita e realmente impressa, quando anche gli altri l'abbiano conceduta con atto unito o separato. Perciò, la concessione fatta dai primi, per qualsivoglia titolo, rimane in sospeso sinchè non sia avvenuta quella dell'ultimo: e, finchè non sia data, il solo effetto derivante da quella è l'essere il concedente ed i suoi successori, anche particolari, e gli

aventi causa, obbligati a non mettere impedimento all'esercizio del diritto concesso: non potrebbero cioè, per la concessione avvenuta, opporre a chi esercita la servitù il non essergli stata conceduta anche dagli altri (*C.* ***636***); ma se il comproprietario avesse conceduto la servitù solo su una data parte del fondo quando gli spettasse nella divisione, la servitù nascerà ove tal fatto si avveri. Il proprietario del fondo dato in usufrutto può imporre solo quando concorra il consenso dell'usufruttuario, servitù diminuenti il potere di questo (*C.* ***635***, § 169), non potendo egli *disporre pienamente* del fondo, stante il diritto reale di godimento spettante ad altri. Tuttavia, badando al potere lato di amministrazione spettante a certe persone, la costituzione di servitù è valida finchè tal potere dura in esse; ciò avviene: *a*) per il marito amministratore del fondo dotale; *b*) per l'enfiteuta sul fondo enfiteutico (*C.* ***605***) e per il superficiario. 2) Il proprietario deve aver la *capacità* di disporre delle cose sue. 3) Può acquistare la servitù al fondo non solo chi ne sia proprietario per intero, ma anche il comproprietario, l'usufruttuario e chiunque lo possegga a nome del proprietario: nè la servitù esiste a vantaggio del fondo finchè dura lo stato d'indivisione, od il diritto dello stipulante, a meno che non sia stato conceduto con questo elemento accessorio; il fondo infatti ne ha utile, ed il concedente non può revocare la concessione fatta, sotto il pretesto che venne stipulato da uno non proprietario. Perciò, le servitù acquistate dal marito al fondo dotale e dall'enfiteuta al fondo enfiteutico non cessano collo scioglimento del matrimonio, e con l'estinzione dell'enfiteusi (*C.* ***665***).

La manifestazione della volontà va fatta secondo i principii generali (v. § 57), e la *forma estrinseca* è data dall'atto pubblico o dalla scrittura privata (*C.* ***1314***): fa d'uopo la trascrizione per la efficacia della costituzione di fronte ai terzi (*C.* ***1932***, v. § 79); mancando il titolo (ove si tratti di servitù per il cui acquisto sia necessario) si può di regola supplire al suo difetto solo con un documento ricognitivo il quale provenga dal proprietario del fondo servente, e contenga la ricognizione della servitù (*C.* ***634***).

La servitù può essere costituita puramente o sotto condizione: e perchè non deve aver causa *perpetua*, così si può costituire *ex die*, e *ad diem*.

§ 179. — β) *Destinazione del padre di famiglia.*

AUBRY et RAU, l. cit.; LAURENT, l. cit.

È costituita la servitù per destinazione del padre di famiglia, quando consta che lo stato di fatto, onde risulta il rapporto di servitù su due fondi appartenenti a proprietari distinti, è stato voluto dal proprietario al quale prima appartenevano entrambi (*C. 632*). In base alla regola *nemini res sua servit,* fino a che i due fondi appartenevano al medesimo proprietario tale stato di cose non poteva generare servitù; ma cessando di appartenergli per alienazione di entrambi a diverse persone, o di un solo, o pure per divisione, senza che nel titolo sia detto nulla contro la esistenza della servitù, questa s'intende stabilita attivamente e passivamente a favore e sopra ciascuno dei fondi separati (*C. 633*); perchè la utilità del fondo, e lo stato di cose destinato a provvedervi, continuano anche dopo la separazione. Appunto per cotesta permanenza, si *presume* voluta la servitù dalle parti cui, per la separazione avvenuta, appartengono i due fondi; presunzione cessante dinanzi alla espressa volontà contraria.

Questa presunzione di volontà vale a stabilire, 1) che la destinazione del padre di famiglia, vale *titolo* per la costituzione della servitù, dacchè non la sola destinazione per sè, ma il silenzio (od il consenso delle parti) tenuto nell'atto per il quale la separazione avviene, valga a darle efficacia, confermandola; 2) che non si può presumere la volontà, se non quando lo stato di fatto sia tale da doversene indurre come le parti poterono e dovettero averne conoscenza, ed ebbero perciò contezza delle conseguenze che per la separazione avverrebbero rispetto ai due fondi; perciò col modo in esame si possono costituire solo le servitù *apparenti:* nè abbisogna siano pure continue, perchè l'*apparenza* è il solo estremo necessario a supporre l'avvenuta determinazione di volontà (arg. *C. 630* al.).

Non è d'uopo che il proprietario cui i due fondi appartenevano prima della separazione, abbia *posto* le cose nello stato onde, a separazione avvenuta, risulta lo stato di servitù: ma basta che le abbia *lasciate* in cotesto stato, perchè nei due casi egli lo volle per la

utilità di uno dei fondi; e cotesta *destinazione*, ossia il *fatto* del proprietario, può essere dimostrata con qualunque genere di prova (*C. 632*).

§ 180. — γ) *Prescrizione.*

V. fonti cit. nel § 177.

Le servitù prediali si possono acquistare con la prescrizione, quando abbiano tali caratteri per cui ne possa aver luogo il possesso legittimo necessario: e siccome alla legittimità del possesso occorrono, a parte gli altri estremi, la *pubblicità* ed il non aver esso causa in atti facoltativi o di mera tolleranza, così ne sono suscettibili le sole servitù che siano insieme *apparenti* e *continue;* non concorrendo i due caratteri, le servitù continue ma non apparenti, o discontinue ed apparenti non si possono stabilire col *solo* possesso, benchè immemorabile, ed è all'uopo necessario il *titolo* (*C. 630*).

A. Perciò, non rispondendo il carattere di *continuità* della servitù alla *continuità* del possesso, giacchè stando a questo si potrebbe avere il possesso continuo di una servitù discontinua, il possesso legittimo può concorrere a stabilire la servitù che non sia apparente e continua insieme, quando sia fondata sul titolo o sulla legge; da solo esso non *basta* a stabilirla (*C. 630* al.).

B. Il concorso degli elementi oggettivi onde risulta la legittimità del possesso, è voluto per accertare l'*animo* del possessore: questo risultato può essere ottenuto con la *contraddizione,* muova essa dal proprietario del fondo dominante che *proibisca* al proprietario del fondo servente di fare alcunchè: o dal proprietario del fondo servente il quale dichiari di non essere il suo fondo vincolato a servitù. Ma la contraddizione non basta, e va sorretta dal possesso, conforme al contenuto di essa nel primo caso, e contrario nel secondo: onde la possibilità dell'acquisto colla prescrizione delle servitù *negative,* che sarebbero non apparenti (*C. 631, 637*). La seconda ipotesi va ristretta al solo caso contemplato dalla legge (*C. 637*), contenendosi la regola solo nella prima.

L'*acquisto* del possesso (v. per la perdita il § 182) si compie col concorso del *corpo* e dell'*animo;* giusta le norme generali sulle

servitù (apparenti e continue) *affermative*, il possesso reale si computa dal giorno in cui il proprietario del fondo dominante abbia cominciato ad esercitarle sul fondo servente, facendo quanto, se non per la servitù, non potrebbe; nelle *negative* (v. il pres. §, B) comincia dal giorno della proibizione fatta con *atto formale* dal proprietario del fondo dominante a quello del fondo servente per contrastargli il libero uso del medesimo (*C. 631*): salvo un caso eccezionale (*C. 637*) in cui comincia dal giorno della contraddizione fatto dal proprietario del fondo servente.

Il termine necessario a prescrivere è l'ordinario di trent'anni (*C. 629, 2135*), trattandosi di diritto reale immobiliare: e quello di dieci anni (*C. 2136*), se il possesso sia legittimo in buona fede, e concorrano gli altri requisiti voluti al bisogno (*C. 2136*): per es., se la servitù fosse costituita da uno non proprietario del fondo servente; anche se il titolo concernesse l'acquisto di servitù che non fosse apparente e continua, la prescrizione decennale varrebbe, potendosi averne il possesso legittimo.

C. Si può prescrivere il *modo* di esercizio della servitù, quando fosse suscettibile di possesso legittimo, ed il titolo nulla stabilisse, mediante l'esercizio di trent'anni o dieci anni; se stabilisse il modo, e per trent'anni se ne tenesse uno diverso, avverrà altrettanto.

§ 181. — *Esercizio delle servitù prediali.*

V. fonti cit. *Adde.* AUBRY et RAU, § 254; LAURENT, VIII, 225-285.
V. fonti cit. nel § 172.
Cod. civ. it., a. 630-647; C. c. fr., a. 696-702; C. c. neerl., a. 735-741; C. c. port., a. 2276-2278; C. c. della Rep. Arg., art. 3018-3044; C. c. del Mess., a. 1146-1158; C. c. dell'Ur., a. 600-604; C. c. del Guat., a. 1291-1301.

In ordine all'esercizio delle servitù, è a distinguere fra 1) i diritti e le obbligazioni del proprietario del fondo dominante, e 2) i diritti e le obbligazioni del proprietario del fondo servente.

1. α) In coerenza alla utilità che la servitù deve procurare al fondo dominante, il diritto ad essa comprende tutto ciò che è necessario per usarne (*C. 639*): p. es., la servitù di attingere acqua alla fonte altrui racchiude il diritto di passaggio sul fondo dove la fonte si trova (*C. 639* al.). Il diritto di *usare* la servitù è regolato dal *titolo*, se questo ha norme in proposito: dalla destina-

zione risultante dallo stato delle cose, se la servitù è stabilita per destinazione dal padre di famiglia, e dal *possesso* se lo è mediante la prescrizione *(tantum acquisitum quantum possessum)* (*C.* ***646***); in difetto, dalla legge (*C.* ***616*** al.). Nel dubbio circa la estensione della servitù, il suo esercizio si estende solo a quanto è necessario per la destinazione ed il conveniente uso del fondo dominante col minor danno del servente (*C.* ***647***), dovendosi conciliare l'utilità dell'uno con le esigenze della libertà dell'altro. E quando questa conciliazione possa avvenire si ha pur diritto ad ottenere il cangiamento di *luogo* dell'esercizio della servitù (v. il § pres., in f.).

β) Le obbligazioni del proprietario del fondo dominante consistono nelle limitazioni relative al diritto ch'egli ha di usare della servitù; dovendo esercitarla giusta il potere che gli venne conceduto, non potrà fare nel fondo servente o nel dominante opera alcuna dalla quale sia resa più gravosa la condizione del primo (*C.* ***646***). E perchè non sia il fondo servente aggravato oltre il dovuto, è fatto obbligo al proprietario del dominante, il quale volesse far le opere necessarie per l'uso o per la conservazione della servitù, di scegliere (salvo patto contrario) il tempo ed il modo recanti minore incomodo al proprietario del fondo servente (*C.* ***640***).

2. α) Il proprietario del fondo servente ha il diritto di non essere tenuto a fare cosa alcuna per l'uso o per la conservazione della servitù, cosicchè le opere relative vanno fatte dal proprietario del fondo dominante a sue spese (*C.* ***641***). Il proprietario ha pure il diritto di usare la cosa nella parte soggetta a servitù, in quanto non ne rimane diminuita la utilità del fondo dominante; in tal caso le opere anzidette vanno fatte in comune (*C.* ***641***). Il *titolo* potrebbe porre in questi due casi a carico del proprietario del fondo servente le opere necessarie per l'uso o la conservazione della servitù (*C.* ***641***), ma gli è dato (come correttivo alla eccezione del principio ch'egli non sia tenuto a fare) il diritto di liberarsene quando voglia, abbandonando il fondo servente al proprietario del fondo dominante (*C.* ***643***), in parte od in tutto, secondochè sopra una determinata parte del fondo, oppure no, la servitù sia conceduta ed esercitata.

Ha pure il diritto di pretendere che nessuna innovazione sia

fatta dal proprietario del fondo dominante, onde abbia aggravio la condizione del suo fondo; eccetto si tratti di servitù apparente e continua, e con la prescrizione il proprietario del fondo dominante avesse acquistato il nuovo modo di esercizio (v. il § preced.). Perciò, se il fondo dominante fosse diviso, la servitù è dovuta a ciascuna porzione, stante la indivisibilità sua, ma senza che si renda con ciò più gravosa la condizione del fondo servente: così, trattandosi di un diritto di passaggio, il proprietario di ciascuna porzione del fondo dominante deve usarne nello stesso luogo (*C.* ***644***).

β. Il proprietario del fondo servente ha il dovere di non far cosa alcuna che tenda a toglier l'uso della servitù, od a diminuirlo, od a renderlo più incomodo (*C.* ***615, 635, 645***); perciò non può variare lo stato del fondo, nè trasferire l'esercizio della servitù in un luogo diverso da quello dove fu originariamente stabilito, salvo accordo in contrario, e salvo pure il caso che le variazioni introdotte non diminuiscano la utilità del fondo dominante. Tuttavia, quando il cangiamento di luogo per l'esercizio della servitù si potesse avere con utilità e comodità del fondo dominante e del servente, il proprietario di questo ha diritto ad ottenerlo (nè il proprietario del fondo dominante può opporsi) se l'esercizio originario della servitù fosse divenuto più gravoso, oppure gli impedisse di far lavori sul fondo (*C.* ***645***). Stante l'applicazione dello stesso principio, al cangiamento di luogo può fare instanza il proprietario del fondo dominante, dove provi come ciò riuscirebbe a suo notevole vantaggio, senza che il fondo serviente ne risenta danno (*C.* ***645***).

§ 182. — *Estinzione delle servitù prediali.*

V. fonti cit.: *adde:* Windscheid, §§ 215, 216; Vangerow, §§ 356, 357; Brinz, § 198; Dernburg, *Pand.*, § 254; Stubenrauch, §§ 524 e segg.; Siebenhaar, l. cit.; Ardts-Serafini, §§ 193-194; Aubry et Rau, § 255; Laurent, VIII, 289-355.

D. quemadm., servit., amitt. (viii, 6).

Cod. civ. it., art. 662-672; C. c. fr., a. 703-710; C. c. austr., §§ 524-528; C. c. sass., § 590-599; C. c. neerl., a. 750-757; C. c. port., a. 2279-2281; C. c. della Rep. Arg., a. 3045-3067; C. c. del Mess., a. 1157-1164; C. c. dell'Ur., a. 695-607; C. c. del Guat., a. 1302-1308; C. c. del Chilì, a. 885-888.

Si estinguono le servitù:

1. *se lo stato delle cose è così mutato per caso fortuito o fatto di un terzo, da renderne impossibile l'esercizio:* il che si

può verificare quando la mutazione avvenga per il fondo dominante, e quando avvenga per il servente (*C. 662*). Ma tale stato, perchè la servitù rimanga effettivamente estinta, deve durare per tutto il tempo necessario alla estinzione mediante prescrizione: non essendo giusto dichiarare estinta totalmente la servitù, quando il proprietario del fondo dominante volesse far le opere necessarie per riattivarne l'esercizio non sospeso per suo fatto: o quando il proprietario del fondo servente riponesse le cose in istato da dar luogo a cotesta riattivazione, perchè altrimenti la sospensione dell'esercizio non causata da fatto del proprietario dominante, riescirebbe tuttavia a suo danno. Ond'è, che le servitù risorgono se le cose siano ristabilite in modo da potersene nuovamente far uso, salvo il decorso di trent'anni, col quale la servitù si estingue: p. es., tolta questa limitazione, col ricostruire il muro o la casa si conservano le servitù che vi preesistevano (*C. 663*).

2. con la *confusione* (*C. 664*); ossia, quando i due fondi dominante e servente si trovino riuniti in proprietà di un solo (*nemini res sua servit*). Che se poi ne avvenisse la separazione, i rapporti di servitù rinascono quando l'atto, onde la confusione è prodotta, sia rescisso o risoluto: non così se avvenisse mercè un nuovo atto di trasferimento fatto dal proprietario, salvo il caso che avendo egli, durante la unione dei due fondi, lasciate le cose nello stato onde, a separazione fatta, risulta la servitù, questa non si intendesse stabilita per destinazione del padre di famiglia.

3. con la *rinuncia*, sia questa *espressa* o *tacita:* la quale ultima si può indurre da mutazione avvenuta nel fondo dominante *per volontà del proprietario*, o nelle cose necessarie all'esercizio della servitù, per la quale sia impossibile ch'esso continui; è d'uopo che la mutazione si spieghi unicamente con la volontà del proprietario del fondo dominante di non valersi più della servitù per avervi rinunciato, perchè se fosse altrimenti spiegabile, si tratterebbe di *non uso* (v. n. 4), non di rinuncia la quale, per le norme generali non si presume.

4. colla *prescrizione estintiva* (non uso, *C. 666*), a differenza di quanto avviene nell'acquisitiva per la nascita della servitù, qualunque servitù si estingue: si ha il *non uso* quando la servitù non sia stata esercitata, e quando, determinato il tempo dell'esercizio dalla

convenzione o dal possesso, sia stata esercitata in tempo diverso; a meno che con la prescrizione non sia stato stabilito il nuovo modo (tempo) di esercizio (§ 180). Il non uso deve durare *trent'anni* (*C. 666*), essendo la prescrizione decennale solo acquisitiva: e questo termine comincia, se la servitù fosse discontinua, dal giorno in cui si è cessato di usarne, perchè volendosi necessariamente per il suo esercizio il fatto dell'uomo, col cessare di questo, ne cessa l'esercizio: e se fosse continua, dal giorno in cui si fosse fatto un atto contrario alla esistenza della servitù, non perchè la prescrizione diventi acquisitiva *(usucapio libertatis)*, ma perchè esercitandosi la servitù indipendentemente dal fatto dell'uomo, è d'uopo un atto col quale sia dimostrata la cessazione del suo esercizio (*C. 667*). È *impedita* totalmente la prescrizione, se, appartenendo il fondo dominante a più persone in comune, qualcuna di esse ne facesse uso, essendo la servitù indivisibile; e, per la stessa ragione, se fra i comproprietari ve ne fosse qualcuno contro il quale la prescrizione non potesse decorrere stante qualche causa di sospensione, questa giova a tutti gli altri: come giova la *interruzione* avvenuta per il fatto di uno dei comproprietari (*C. 671, 672*).

A. Come la servitù, così con la prescrizione si può estinguere il modo del suo esercizio: in tal caso se il *modo* fosse stato *determinato* dal titolo, il nuovo si intenderà acquistato quando la servitù fosse acquisibile con la prescrizione, e col decorso del termine necessario: diversamente, colla estinzione del modo sarà estinta la servitù, perchè il *modo* stabilito è parte integrante nella costituzione sua avvenuta per titolo.

5) Se la servitù fu stabilita a termine, oppure sotto condizione risolutiva, cessa con lo scadere dell'uno o con l'avverarsi dell'altra;

6) e cessa pure con la *risoluzione* del diritto del concedente: qui hanno luogo le eccezioni stabilite nella parte generale, alla regola secondo la quale, risoluto il diritto del costituente, s'intende pure risoluto il diritto da lui costituito sulla cosa.

B. Nelle servitù legali, col cessare la *necessità* che le ha determinate, sorge nel proprietario del fondo servente il diritto a riavere la libertà del suo fondo. Così, con l'apertura di una nuova strada che riesca al fondo già circondato, o con la unione di esso ad altro fondo contiguo alla via pubblica, il passaggio conceduto

non sarebbe più necessario, e però può essere soppresso in qualunque tempo ad istanza del proprietario del fondo servente, mediante la restituzione del ricevuto compenso, o la cessazione dell'annualità convenuta (*C. 576*).

CAPITOLO VI.

Servitù d'acqua.

§ 183. — *Generalità.*

PECCHIO, *De aquaeductu;* ROMAGNOSI, *Della condotta delle acque* (Firenze, 1833); *Della rag. civ. delle acque;* GIOVANETTI, *Du régime des eaux* (ed. Paris, 1844); DIONISOTTI, *Della servitù delle acque* (ed. 1873); GIANZANA, *Le acque nel dir. civ. it.* (vol. 2, ed. 1879-1880).

Cod. civ. it., art. 542, 598-615, 619-628, 636-638, 648-661; C. c. fr., art. 542; C. c. neerl., a. 675, 734; C. c. della Rep. Arg., a. 3082-3107; Cod. civ. del Mess., a. 1060-1090; C. c. dell'Ur., a. 521-542; C. c. del Guat., 1205-1235; C. c. del Chilì, a. 861-872.

La legge completa con disposizioni speciali sulla servitù, il regime delle *acque private:* i motivi onde hanno vita le sue disposizioni, sono gli stessi dati a base dei regolamenti particolari sulla proprietà: e cioè, il bisogno di estendere i vantaggi di cotesto elemento a quanti ne abbiano necessità, e la cura di allontanare i danni dei quali l'acqua potrebbe esser causa. Queste due considerazioni spiegano l'intervento della legge nello stabilire veri pesi su un fondo a beneficio di un altro fondo, 1) per estendere il vantaggio dell'acqua, con la servitù di *presa d'acqua;* 2) per allontanare i danni possibili dalla mancanza di scarico dell'acqua, con la servitù di *scarico;* 3) per dare il modo di effettuare l'uno e l'altro di questi vantaggi, con la servitù *di acquedotto.*

Delle quali servitù, si dirà partitamente. Occorre notare, che i principii generali sulle servitù hanno pieno valore in materia di servitù d'acqua: ma per il modo col quale in queste vien soddisfatto alla utilità del fondo, diventano possibili certi rapporti che, studiati semplicemente secondo le norme generali sulle servitù prediali, parrebbero avere qualcosa di anomalo, di irregolare: ciò si verifica particolarmente nella servitù avente ad oggetto il godimento per un

fondo dell'acqua che un altro ha titolo di servitù; e in sostanza ciò non è. Come nelle servitù in genere, anche in questa, il fondo servente deve prestare una data utilità al fondo dominante, e ciò fa provvedendolo della quantità di acqua determinata, o di quella di cui il fondo dominante fosse abbisognevole per la sua coltivazione, o per la industria che vi si esercita. Ora è chiaro, che il modo col quale la *utilità* è data, e più, il contenuto di cotesta utilità, è una *cosa corporale:* e però, chi ha diritto alla utilità ha per necessità giuridica diritto alla *cosa* sotto la cui forma quella apparisce: e perchè la utilità è per il fondo dominante una qualità giuridica sua, una estensione del diritto di proprietà del quale esso è oggetto, così sulla *cosa* rappresentante la utilità, il proprietario del fondo dominante avrà, per cotesto suo carattere, il diritto di proprietà. Nella specie, la utilità dovuta dal fondo servente al dominante è il provvederlo di una *data quantità di acqua,* e nell'*aver quest'acqua,* o meglio nell'*acqua stessa,* sta la utilità, il vantaggio derivante dalla servitù: così, il proprietario del fondo dominante è proprietario della *quantità di acqua* che a titolo di servitù *entra* nel suo fondo, perchè solo coll'*entrarvi,* il concetto della utilità che ne deriva acquista corpo, si materializza. Qui appunto sta una delle differenze fra le ipotesi di diritto all'acqua in forza di proprietà, e diritto all'acqua in forza di servitù: nell'una, il proprietario che ha fatto acquisto per il suo fondo di una determinata quantità di acqua scaturente altrove, conserva il suo diritto sebbene non lo eserciti (quando non si effettui una prescrizione acquisitiva che glielo tolga), ed è proprietario di cotesta quantità di acqua anche prima sia entrata nel suo fondo: e se derivasse l'acqua da una sorgente, avrebbe, coll'acquisto, un diritto di comproprietà su questa. Ma quando il suo titolo è un diritto di servitù, egli ha solo il diritto ad una data utilità da prestarsi dal fondo servente: ond'è, che egli fa sua l'acqua solo in quanto essa entra nel fondo dominante, perchè così effettua la utilità cui ha diritto: e però il proprietario del fondo dominante lo è pure dell'acqua che, a titolo di servitù, vi sia stata introdotta.

Che se la legge in qualche caso parla distintamente di *possesso* d'acqua e di *proprietà* (*C. 545*), la sua locuzione non si riferisce all'acqua introdotta nel fondo, ma al *diritto all'acqua,* che ha esistenza effettiva nel caso di proprietà, e il cui esercizio è contenuto del possesso: sul quale diritto stabilisce poi degli oneri (*C. 545*).

Ciò posto, si intende come al proprietario del fondo dominante si applichi il divieto di disperdere in danno di un fondo cui possano tornare utili, gli avanzi dell'acqua (*C. 545*; e v. il § 158); e come egli possa cedere l'acqua entrata nel suo fondo, senza che perciò si abbia violazione del principio, col quale è fatto divieto di alienare una servitù separatamente dal fondo al quale è dovuta, come diviso il fondo dominante in più parti, l'acqua si possa dividere in altrettante porzioni, senza che l'onere ne abbia aggravio.

Finalmente, sempre per i bisogni cui l'*acqua* dà luogo, si hanno norme speciali sulle persone che possono costituire le servitù relative (v. i §§ segg.).

§ 184. — *Servitù di presa d'acqua. Nascita.*

V. fonti cit. nel § 183.

La servitù di presa d'acqua consiste (considerandola attivamente) nel diritto derivante da essa ad una persona o ad un fondo di valersi dell' acqua esistente nel fondo altrui. Tale servitù può essere dunque *personale* e *reale:* ed in ambi casi può essere costituita: 1) dalla legge; 2) o dal *fatto dell'uomo*.

1. La *legge* stabilisce questa servitù in due casi: quando la necessità lo esige, e quando lo richiede la sola utilità, badando allora a che in una a tal criterio concorra l'altro del nessun danno possibile per il proprietario o possessore dell'acqua gravata dall'onere. A prima giunta, pare che nelle due ipotesi non si abbia una *servitù,* ma un regolamento dato dalla legge alla proprietà delle acque, dacchè sia vietato al proprietario di deviarle in modo da impedire che altri provveda con esse alla necessità od alla utilità propria: ma il dubbio non è ragionevole, dacchè si tratti di un onere imposto sull'immobile per l'utilità altrui, e sia, come compenso alla limitazione fatta al potere del proprietario, ordinato il pagamento della indennità conveniente (arg. *C. 542;* v. § seg. in pr.).

2. Per il fatto dell'uomo si stabilisce la servitù in esame col *titolo,* con la *destinazione del padre di famiglia,* e con la *prescrizione.* Alle norme generali date sulla nascita delle servitù con cotesti modi, nulla è da aggiungere, all'infuori di alcuni requisiti speciali concernenti il *titolo* e la *prescrizione.*

§ 185. — 1) *Mediante legge.*

V. fonti cit. nel § 183.

A. La legge statuisce anzitutto una servitù di presa d'acqua a benefizio di *persone* alle quali sia necessaria, e che non l'abbiano già acquistata con titolo, o con la prescrizione.

Il proprietario di una sorgente, oppure i proprietari dei fondi intermedi sui quali scorre, non possono deviarne il corso quando la medesima somministri agli abitanti di un comune o di una frazione di esso l'acqua ch'è loro *necessaria* (*C. 542*) : la *necessità* è il motivo della regola, la quale concerne solo le acque di sorgente che scorrono (e però non quelle di un pozzo, di un lago) al di fuori del fondo, quando gli abitanti cui è dato il diritto non avessero il diritto di entrarvi. L'obbligo non sta, se il gruppo degli abitanti non costituisce comune, o frazione di comune, oppure se l'acqua serve per usi industriali; e quando ha luogo, il proprietario deve esserne indennizzato, qualora l'uso dell'acqua non fosse già acquistato dagli abitanti, o non fosse avvenuta la prescrizione della indennità (*C. 542* in f.).

Cotesta servitù essendo non dovuta ad un *corpo morale* non è soggetta ad estinzione dopo il termine di 30 anni; e dovuta com'è agli *abitanti* del comune o di una frazione di esso, dura finchè la universalità esiste, e questo speciale carattere della servitù si spiega appunto colla necessità dell'acqua per i bisogni della vita. L'acquisto di tale servitù può anche aver luogo *solo* mediante *titolo* o *prescrizione*, alla quale non sono applicabili le norme che si diranno in appresso per la servitù prediale (v. § 187), *C. 542.*

B) A vantaggio di un *fondo* è pure stabilita dalla legge la servitù di presa: ed è pure stabilita la servitù di chiusa.

§ 186. — 2) *Titolo.*

V. fonti cit. nel § 183.

La legge determina la unità di misura dell'acqua in modo da potersene adattare la divisione al sistema decimale: e la determinazione è fatta non in base ad una data *forma* della bocca, ma ad una data quantità di acqua scorrente in un dato tempo e con velo-

cità costante. Questa unità di misura dell' acqua corrente è detta *modulo*, e consiste nel *corpo d'acqua* che *scorre nella* costante *quantità di* cento litri al minuto secondo: esso è divisibile in decimi, centesimi e millesimi.

In tutti gli atti di concessione di una convenuta ed espressa quantità di acqua, cotesta quantità va espressa in relazione al modulo: ma se non lo fosse, l'atto non sarebbe perciò nullo (*C.622*).

§ 187. — 3) *Prescrizione.*

V. fonti cit. nel § 183.

Il proprietario del fondo nel quale esiste la sorgente, può di questa usare a piacimento: ma, oltre i casi di servitù avente nascita nella legge o nel titolo, il proprietario del fondo inferiore può acquistare cotesto diritto al suo fondo in forza della prescrizione (*C. 541*). Valgono qui le norme generali date in proposito: tuttavia, affinchè bene consti della volontà di questo proprietario di *esercitare un diritto* (possesso) di servitù, e nessun dubbio rimanga della conoscenza che il proprietario del predio superiore ne abbia, l'elemento del *fatto* è ritenuto esistente solo quando sia convenientemente apprestato quanto fa d'uopo per l'esercizio del diritto, e cioè, quando: *a*) il proprietario del predio inferiore abbia fatto e *terminato* le opere destinate a facilitare il declivio ed il corso delle acque nel proprio fondo: *b*) le abbia fatte e terminate nel *predio superiore;* se fatte nell'inferiore, niun effetto produrrebbero, dacchè non rivelerebbero l'animo di chi le fece di esercitare una servitù, potendole fare come proprietario, e però non darebbero l'apparenza esteriore della servitù, non lascierebbero supporre la *scienza* e *pazienza* del proprietario del fondo superiore; *c*) quando siffatte opere siano *visibili* e *permanenti:* col che è dimostrato l'intendimento del proprietario di esercitare un diritto, e di non esercitarlo per semplice tolleranza; *d*) quando tali opere abbiano servito all'uopo; non è necessario che esse siano fatte od ordinate dal proprietario il quale esercita la servitù, e basta ch'egli si valga a tale scopo delle opere esistenti.

Solo quando *concorra* la esistenza di tali requisiti comincierà il possesso atto a prescrivere (*C. 541*): non prima, mancando uno degli elementi che gli sono essenziali; e di regola, solo quando la

servitù di presa d'acqua, a qualunque uso sia destinata, sia esercitata per mezzo di canale o di altra opera visibile e permanente, ha il carattere di *continua* ed *apparente*, ed è perciò acquisibile mediante prescrizione. Nè rileva se la presa si eseguisce ad intervalli di tempo o per ruota di giorni o di ore (*C.* ***619***), avendo il *fatto dell'uomo* disposto le cose necessarie perchè la servitù sia esercitata, senza che *attualmente* esso sia necessario.

Perchè gli scoli possono dar luogo ad una servitù attiva di presa (v. il § seg.), la prescrizione, come modo di acquisto, si ritiene cominciata dal giorno nel quale sono state costruite le opere di cui s'è detto, allo scopo di raccogliere e condurre gli scoli nel fondo dominante: oppure, per l'efficacia già avvertita della contraddizione, (§ 180) dal giorno in cui il proprietario di questo fondo abbia cominciato o continuato a goderli, non ostante un atto formale di opposizione per parte del proprietario del fondo servente (*C.* ***637***).

Del cavo aperto nel fondo altrui, e destinato a raccogliere e condurre gli scoli, si presume sia opera del proprietario del fondo dominante, se questo ne cura lo spurgo regolare e la manutenzione delle sponde: salvo il titolo, segno o prova in contrario: è *reputata* segno in contrario la esistenza sul cavo di edifizi costrutti e mantenuti dal proprietario del fondo nel quale il cavo è aperto (*C.* ***638***).

§ 188. — *Chi possa costituire la servitù: ed oggetto suo.*

V. fonti cit. nel § 183.

1. Chiunque può stabilire a vantaggio di un fondo la servitù di presa d'acqua, giusta i principii generali dati in materia di servitù: ma, a differenza di quanto questi vogliono, la servitù *prediale* può essere stabilita per legge, titolo o prescrizione anche se chi ha il diritto dell'acqua non l'abbia a titolo di proprietà, e ne sia meramente possessore, semplice o legittimo (v. in *C.* ***545*** la locuzione *qualunque*). Il motivo sta in ciò: che ai bisogni ai quali l'acqua dà origine, alla utilità che ne deriva, è da provvedere senza indagare la esistenza reale del diritto spettante su di essa alla persona che lo esercita; la legge infatti statuisce il diritto di *chi* (non solo

il *proprietario*) può profittare dell' acqua che residuasse dall' uso fattone per il predio superiore (*C. 545*), anche se chi se ne serve non l'avesse come proprietario; e certo, se la legge dà nascita in questo caso alla servitù, questa bene può nascere per *titolo;* ma nei due casi l'esistenza della servitù dipenderà dalla durata del diritto del proprietario costituente. Altra, e più valida, ragione è, che entrata l'acqua nel fondo, chiunque lo possegga ne ha la proprietà, e però, bene s'intende la costituzione della servitù gravante un diritto di proprietà del quale deve seguire il modo di essere: così, la servitù dalla quale emani il diritto ai coli d'irrigazione, non grava sull'acqua destinata alla irrigazione stessa, e cessa quando non esisterà più la proprietà sulla quale venne costituito (p. es., col cessare il *possesso* del diritto dell'acqua nel conduttore del fondo superiore, cessa la esistenza della proprietà sull'acqua introdotta in esso: e però anche la servitù che vi gravita).

Quando la servitù fosse acquistata con la *prescrizione*, cotesta restrizione non può aver luogo, perchè dipende dal *possesso* validamente tenuto da chi la esercita; e non potrebbe essere stabilita per destinazione del padre di famiglia quando mancasse la proprietà dei due fondi, o pure di un fondo e della sorgente esistente in fondo spettanti ad altri, perchè farebbe difetto il fondamento essenziale a tal modo di nascita della servitù.

2. La servitù di presa d'acqua può essere stabilita (per legge, o per fatto dell'uomo, nei vari modi coi quali questo ha luogo) su qualunque specie di acqua: non solo sull'acqua di sorgente, ma anche sulla piovana, e sulla colaticcia. Così, l' onere gravante sui fondi inferiori che debbono ricevere l'acqua naturalmente scorrente dai superiori, può, con uno dei modi enumerati, diventare servitù attiva di presa d'acqua; così pure, si può acquistare la servitù sull'acqua che avanza dalla irrigazione del fondo superiore, anche se originariamente sia derivata da *acqua pubblica*, in modo da esserne impedita la diversione degli scoli (*C. 637*).

§ 189. — *Esercizio della servitù di presa d'acqua. Servitù legale di chiusa.*

V. fonti cit. nel § 183.

Come nella esposizione delle norme generali sull' esercizio della servitù, così nel dire di quelle speciali alla servitù di presa d'acqua (in mancanza valgono le generali) è a distinguere fra i *diritti* e gli *obblighi* del proprietario del fondo dominante, ed i *diritti* e gli *obblighi* del proprietario del fondo servente.

A. 1) In base al principio che il diritto di servitù comprende tutto ciò che è necessario per usarne *C. 639*), la presa di acqua in un dato fondo comprende il diritto di condurla sino al punto di derivazione. A chi ha diritto a derivare acqua da un rivo, canale, lago o serbatoio privati, è pur dato quello di appoggiare od infiggese una *chiusa* alle sponde: e siccome ciò ha luogo anche quando la derivazione sia effettuata da acqua pubblica, cotesto diritto dà luogo ad una *servitù speciale* che può essere stabilita non solo per il fatto dell'uomo, ma anche per *legge*. Si dice *chiusa* la costruzione che si fa nel letto del fiume perchè, rialzato con essa il livello delle acque, queste penetrino nell'*incile* ov'è il capo dell'acqua, il principio della derivazione: e secondo sia fatta per un dato tempo o perchè duri di continuo, la costruzione è detta *temporaria* o *permanente*. Affinchè tale servitù possa venire stabilita dalla legge è d' uopo: 1) che la *necessità* lo esiga, tale essendo, di regola, il fondamento della legge nel dar nascita alla servitù, 2) e il pagamento di una data indennità, perchè la libertà del fondo è diminuita a vantaggio della utilità del fondo altrui. Chi esercita la servitù è poi tenuto a *fare* e *mantenere* le opere valevoli ad assicurare i fondi da ogni danno (*C. 613*): essendo l'opera che gli è concesso di fare, tutta a vantaggio del di lui fondo, non sarebbe giusto che per ciò i fondi altrui abbiano pericolo di danno.

2. Rispetto alla *quantità dell'acqua* alla quale si ha diritto da chi esercita la servitù, è a distinguere:

I. Se la derivazione è di una *costante* e *determinata* quantità di acqua, o la *forma* della *bocca* e dell'*edifizio derivatore* è determinata dal *titolo*, oppur no: nel primo caso, la convenzione è

legge fra le parti, ed avendo queste stabilito una data forma, si presume abbiano voluto togliere ogni elemento di litigio, e non sono ammesse ad impugnarla sotto pretesto di deficienza o di eccedenza di acqua: a meno che tali fatti non dipendessero da variazioni (causate da qualsivoglia fatto) seguìte nel canale dispensatore o nel corso delle acque in esso scorrenti, perchè in tale ipotesi la convenzione sulla *forma* della bocca non darebbe più materia di eccezione: e si toglierà la causa della variazione, lasciando immodificata la forma della bocca. Nel secondo caso, è a suddistinguere: imperocchè, se, non convenuta la forma della bocca, questa e l'edifizio derivatore furono costrutti e posseduti pacificamente durante *cinque anni*, la forma sarà determinata dalla *prescrizione*, e non sarà *dopo tal tempo* ammesso verun richiamo delle parti per eccedenza o deficienza di acqua, salvo che questi dipendessero dalle cause anzidette, estranee alla forma della bocca o dell'edifizio derivatore: e se mancasse il possesso di cinque anni, la forma dovrà essere determinata dall'autorità giudiziaria (*C. 620*).

II. Se s'avesse diritto alla derivazione di acqua per un *servizio determinato*, senza che ne fosse espressa la quantità, questa dovrà essere del necessario a tal servizio; e chiunque vi abbia interesse, può, in qualunque tempo, far stabilire la forma della derivazione in modo da esserne assicurato l'uso *necessario* suddetto, ed impedito l'eccesso. Cessa tal diritto, *a*) quando sia stata stabilita nel titolo la forma della bocca e dell'edificio derivatore, oppure, *b*) quando, in mancanza di convenzione, la derivazione in una forma determinata sia stata stabilita mercè la prescrizione anzidetta; salvo che il reclamo si fondi sopra cause non dipendenti dalla forma della bocca, e di già indicate (*C. 621*).

Bocca è detta l'apertura ond'esce l'acqua che vien derivata; è *libera* quando l'apertura artificiale (*incile*, da incidere, taglio nella sponda fatta per dar la via all'acqua da derivare) o naturale dà semplicemente corso all'acqua; *limitata*, quando è formata da una luce, qualunque ne sia la forma, praticata nell'ostacolo (in pietra o legno) posto nell'incile; *tassata*, quando l'apertura fatta (*luce*) è così praticata da potersi calcolare la quantità dell'acqua che passerà in un dato periodo di tempo, tenuto conto della conformazione di essa, e delle circostanze tutte che agiscono sulla velocità dell'acqua.

2 *bis*. Quando col *titolo* o col *possesso* (v. il § pres., 2) non fosse determinata la forma della bocca, e fosse necessario determinare la quantità dell'acqua alla cui derivazione si ha diritto, vi si procede disponendo l'edifizio derivatore in modo da rendere sensibile il meno che si possa la influenza della velocità *iniziale* dell'acqua, e di quella determinata allo sbocco dalla pressione maggiore o minore: il che si ottiene di ordinario, impedendo che l'acqua dal bacino in cui è passi direttamente alla bocca che la immetterà nel canale ove si effettua la derivazione, ed invece dalla prima apertura munita di ostacolo (paratoia) entri in un breve canale (*calice*), chiuso da altro ostacolo nel quale trovasi la bocca, praticata in modo da lasciare fra il suo margine superiore e la estremità pure superiore dell'ostacolo, uno spazio sul quale l'acqua va a battere (*battente*): l'acqua ch'esce cade nella *tromba* del canale (o *cavo*, sia esso artificiale o naturale), ossia nella prima parte del canale costruito in modo da dare libero corso all'acqua ch'esce dalla bocca. Ed è della luce di questa che si tien calcolo, non del volume del getto che n'esce, perchè la *contrazione della vena* darebbe luogo ad errori.

Ma la legge nulla ha stabilito quanto alla *forma* della bocca, alle dimensioni della luce in ordine alla unità di misura dell'acqua (*bocca legale di erogazione*): ha precisata quest'ultima in relazione ad una data quantità, e ad un tempo nel quale cotesta quantità costantemente fluisse: lasciando del resto libere le dimensioni da adottare (v. il § 186).

3. Rispetto al *tempo*, chi ha diritto alla servitù ha perciò il diritto di esercitarla nel *tempo* stabilito dal *titolo* o dal *possesso* (*C. 624*); o l'acqua è *continua*, ed allora l'utente può esercitare la servitù in ogni istante (*C. 623*), essendo tale il diritto acquistato, od è *discontinua* (tal divisione sta in ordine al tempo dell'esercizio, § 155), e allora la presa d'acqua può essere esercitata ad intervalli di stagioni (acqua *iemale*, *estiva*, § 155), di *giorni* (acqua *diurna*, *notturna*, e s' intende del giorno e della notte naturali, § 155: acqua *festiva*, e l'uso dell'acqua nei giorni festivi è regolato dalle feste di precetto vigenti al tempo in cui venne costituito il *titolo*, oppure si cominciò a *possedere*, essendo questo il tempo della nascita del diritto, *C. 624* in f.); di *ore* (acqua *oraria*, *tornaria*, § 155). La quale ultima distinzione non si connette solo al

concetto del tempo di esercizio della servitù (v. il § 181), ma anche ai rapporti fra l'acqua e le persone cui è dovuta (*utenti*) che vi hanno un diritto comune. E si connette pure al *modo* di esercizio del diritto, perchè mentre nell'acqua ad ora, per essere il tempo del godimento determinato in modo assoluto, il tempo impiegato dall'acqua a giungere alla bocca di derivazione non decorre a carico dell'avente il diritto: nell'acqua tornaria invece, cominciando l'esercizio del diritto per un utente appena sia finito l'uso dell'utente anteriore, il tempo necessario a che l'acqua arrivi alla sua bocca di derivazione speciale si consuma a suo carico (*C.* ***625***): ciò ha luogo anche per il primo utente, cominciando l'esercizio del suo diritto dall'ora in cui la presa d'acqua nell'edificio derivatore comune si comincia ad effettuare. Perciò, a compenso di tal perdita, l'acqua rimasta al finire di ciascun turno nel tratto del canale derivatore comune contenuto fra l'ostacolo anteriore e quello che appartiene all'utente di cui è cessato il turno (*coda d'acqua*), spetta a quest'ultimo: siccome la distribuzione ebbe luogo nel tempo per il quale durò il suo turno, così giustamente gli è dato cotesto diritto (*C.* ***625*** in f.).

Ogni utente esercita il suo diritto lungo il tempo del suo turno: perciò gli è dato il potere di rattenere o derivare, durante tal tempo, le acque sorgenti o *sfuggite* (v. il § 155), quando siano contenute nell'alveo del canale (perchè altrimenti non vi avrebbe diritto) (*C.* ***626***). E rispetto a cotesto termine, nulla impedisce agli utenti di variare o permutare fra loro il turno, purchè (è questa la sola condizione imposta dalla legge) tal cangiamento non rechi danno agli altri (*C.* ***627***).

4. Il proprietario del fondo dominante ha pure diritto di effettuare la presa nel *sito* determinato dal *titolo* o dal *possesso* o dalla *destinazione del padre di famiglia:* ma il proprietario potrebbe chiedere, concorrendo le condizioni accennate nel dire delle norme generali sull'esercizio della servitù (§ 181), sia trasferita la servitù in luogo diverso da quello nel quale era originariamente stabilita; ed egual diritto compete eziandio al proprietario del fondo dominante (*C.* ***645***).

B. Gli obblighi generali incombenti al proprietario del fondo dominante (v. il § 181) dànno luogo alle applicazioni speciali seguenti:

1. Se la concessione fosse fatta per un *uso determinato* (v. il § pres., A, II), l'avente diritto potrebbe impiegarla in altro uso quando il cambiamento non recasse verun aggravio al fondo servente; e costituiscono *aggravio* anche i pericoli di rigurgito o ristagno dell'acqua, derivanti dalle opere fatte in conseguenza del cambiamento avvenuto;

2. per l'identico motivo, chi ha diritto di servirsi dell'acqua come forza motrice, non può, senza espressa disposizione del titolo, impedirne o rallentarne il corso, procurandone il ribocco o lo stagno (*C. 628*).

3. Quando l'acqua fosse *conceduta* oppure *riservata* (fondamento della servitù sarebbe il *titolo*) o *posseduta* (fondamento della servitù sarebbe il *possesso*) *per un determinato uso e con l'obbligo della restituzione al concedente*, o ad altri, *di quanto ne sopravanzi*, il fondo dominante sarebbe gravato a sua volta della servitù di scolo: ed i diritti ed obblighi del proprietario son quelli che concernono il proprietario del fondo servente (v. appresso *b*).

4. Il proprietario del fondo dominante deve curare che nell'esercizio del suo diritto non sia causa di danno ad altri avente diritto all'acqua, od ai terzi. In applicazione di questo principio generalissimo si ha: 1) che l'avente diritto alla derivazione ed all'uso delle acque deve evitare tra gli utenti superiori e gli inferiori ogni vicendevole pregiudizio che possa conseguire dallo stagnamento, dal rigurgito o dalla diversione delle medesime acque: e dando luogo a tali fatti, è tenuto al risarcimento dei danni, ed alle pene stabilite dai regolamenti di polizia rurale (*C. 614*); 2) il divieto di far opere che possano cagionare il ribocco o lo stagno dell'acqua cui si ha diritto come forza motrice (*C. 628*, v. il pres. §, B 2 in f.).

α) I diritti del proprietario del fondo servente sono nella servitù in esame, regolati dalle norme governanti la servitù in genere (v. il § 181).

β) Quanto ai suoi obblighi, si hanno applicazioni speciali alla servitù degli scoli del principio ch'egli non può far cosa dalla quale rimanga impedito o menomato il diritto del proprietario del fondo dominante. Un'applicazione è positiva: quando l'acqua fosse concessa, riservata o posseduta (v. sopra, B 3) *per un determinato uso, e con l'obligo* della restituzione al concedente o

ad altri di ciò che sopravanza, tale uso non può essere variato, se dal cambiamento il fondo cui la servitù è dovuta trae danno (*C. 653*): e non si potrà neppure deviarne una parte qualunque, sotto pretesto di avervi introdotto una maggiore quantità di acqua viva od un diverso corpo, ma si deve lasciarli discendere nella totalità a favore del fondo dominante (*C. 654*); perchè il peso, e il contenuto di esso, è determinato dal modo stesso col quale si acquistò il diritto all'acqua, nè chi lo ha può di suo arbitrio ledere il diritto altrui. Ma quando non si trattasse di servitù di scolo in dipendenza di acqua conceduta, riservata o posseduta, e semplicemente di servitù agli scoli: il proprietario del fondo servente sarebbe nel suo diritto usando liberamente dell'acqua a vantaggio del proprio fondo, e potrebbe cambiarne la coltivazione, ed anche abbandonarne in tutto od in parte la irrigazione (*C. 655*), salva la limitazione stabilita dal titolo ; qui non si avrebbe lesione del diritto del proprietario del fondo dominante, il quale avendo diritto solo agli scoli, può pretenderlo ed esercitarlo solo in quanto esisteranno.

Altra applicazione si ha nel non potere il proprietario fare nuove concessioni che pregiudicassero la servitù già conceduta (argom. *C. 615*).

γ) Se il titolo nulla disponesse in proposito, il proprietario od altro concedente dell'acqua di una fonte o di un canale, è tenuto a fare le opere ordinarie e straordinarie necessarie per la derivazione e condotta delle acque sino al punto in cui ne fa la consegna ; ed a mantenere in buono stato gli edifizi, e conservare l'alveo e le sponde delle fonti o del canale, a praticare i consueti spurghi, e ad usare la dovuta diligenza, custodia e vigilanza, affinchè la derivazione e la regolare condotta dell'acqua siano effettuate ai tempi debiti (*C. 649*). In cotesto obbligo non vi ha una deroga al diritto del proprietario del fondo servente, del non essere cioè egli tenuto a fare (v. § 181): imperocchè, stabilito il punto ove va fatta la consegna dell'acqua, ossia ove si determina la presa, il concedente, col fare le opere suddette, non *fa* cosa che si riferisca all'esercizio della servitù, ma pone le cose in istato da poter soddisfare al peso ch'è il consegnare le acque in un dato punto, a cominciar dal quale le opere debbono di regola, esser fatte dal proprietario del fondo dominante (*C. 642*).

b) Il proprietario del fondo servente deve rispondere dei danni verso il proprietario del fondo dominante, se questo, per di lui colpa, non potè profittare del vantaggio contenuto nella servitù; e però, se la *deficienza* dell'acqua fosse imputabile a negligenza sua (p. es. per non avere eseguito le opere giusta l'obbligo fattogliene dalla legge ***C. 649***), egli sarebbe tenuto a riparare il danno. Che se la deficienza avesse causa in un fatto naturale, o nel fatto altrui, senza che nell'una o nell'altra ipotesi si avesse colpa del proprietario del fondo servente (quando non fosse tenuto per il fatto altrui od il titolo non l'obbligasse per qualunque causa) questi non incorrerebbe in responsabilità alcuna; e il concessionario avrebbe solo diritto alla diminuzione proporzionata del prezzo tuttora da pagarsi od anche già pagato, quando si trattasse di concessione temporanea (ciò varrebbe anche se fatta come diritto di obbligazione ***C. 650***). Contro il terzo ch'è causa della deficienza, possono agire sia i concessionari, sia lo stesso concedente, onde ottenere il risarcimento del danno: quando agissero i primi, è in loro facoltà di fare intervenire il concedente in giudizio, perchè, con tutti i mezzi di cui può disporre, li coadiuvi a conseguire la indennità cui hanno diritto (***C 650*** al.).

Che se la deficienza non fosse totale, è a distinguere: o si verifica nel tempo in cui uno degli utenti ha diritto all'acqua, e la deficienza è sopportata da lui solo, perchè ha luogo nel tempo dell'esercizio del suo diritto, salva l'azione per risarcimento, giusta le cose dette, contro chi fu causa del danno (***C. 651***); o non vi ha fra gli utenti distinzione di tempo per l'esercizio del diritto, e allora la deficienza sarà a carico di quelli fra essi che avessero *titolo* o *possesso* più recente: e se da questo lato tutti fossero pari, sarà sopportato dall'ultimo utente (***C. 652***): criterio abbastanza equo, quasichè dell'acqua abbiano prima a servirsi quelli che vi avessero ragione più antica, o che fossero primi a valersene per la disposizione data alla derivazione, o per la vicinanza dei fondi. Anche qui è riservata ai lesi l'azione in risarcimento (***C. 652***).

§ 190. — *Estinzione della servitù di presa d'acqua.*

V. fonti cit. nel § 183.

L'estinzione della servitù di presa d'acqua avviene per le stesse cause che tolgono la servitù in genere (v. il § 182): tuttavia è da notare:

1) in ordine alla prescrizione *estintiva*, che la sussistenza di *vestigi* d'opere con le quali si *praticava* una presa di acqua non impedisce la prescrizione, risultando il non uso dai vestigi stessi; è necessario, affinchè abbia luogo l'impedimento, che l'edificio della presa, oppure il canale derivatore esistano e siano in istato di servizio (*C. 669*). S'intende come qui si richiegga qualcosa di meno di quanto occorre per *la presa di possesso*, perchè a *conservare* questo non occorre l'affermazione con egual forza degli elementi necessari per l'acquisto;

2) ed è da aggiungere un modo speciale di estinzione per la servitù degli scoli e degli avanzi di acqua: il proprietario del fondo servente può sempre (essendo una facoltà a lui data dalla legge) liberarsi da tale servitù, mediante: 1) la *concessione,* e 2) l'*assicurazione* (potendo egli valersi di tal facoltà anche non volendo il proprietario del fondo dominante, questo dev'essere garantito) di un corpo d'acqua viva, 3) la cui quantità sarà determinata, nel disaccordo delle parti, dall'autorità giudiziaria, tenuto il debito conto di tutte le circostanze (*C. 656*). Così è favorita la causa della libertà dei fondi, e conservato al fondo dominante il beneficio dell'acqua; l'estinzione della servitù avviene, quando siano poste in essere le tre condizioni accennate.

§ 191. — *Di alcune specie di servitù di presa: servitù di attingere acqua, ecc.*

Specie delle servitù di presa d'acqua sono la *servitù di abbeverare*, e la servitù *di attingere acqua,* che si possono costituire in modo da aversi un diritto reale oppure personale, secondochè lo siano a vantaggio di un fondo (p. es., servitù di abbeverare gli animali immobili per destinazione, v. il § 173); servitù di attingere

a favore di un fondo, o di un edificio, e però delle persone che vi abitano, oppure di una persona. Coteste servitù sono discontinue, abbisognando del fatto attuale dell'uomo per essere esercitate; e nella servitù di attingere acqua alla fonte altrui, essendo compreso nel diritto di servitù quanto è necessario ad usarne (*C. 639*, § 181), è racchiuso il diritto del passaggio nel fondo dove la fonte si trova (*C. 639*, al. 1).

§ 192. — *Della servitù di scarico.*

La servitù di scarico, passivamente intesa, consiste nell'onere gravante sul fondo inferiore di ricevere le acque che vi scolano dal fondo superiore. Cotesto peso può derivare dalla legge, ed in tal caso mancherebbe il concetto di vera servitù (v. il § 174), la quale occorre solo quando sia stabilita per il *fatto dell'uomo;* tant'è che nella stessa ipotesi in cui il ricevere le acque è ordinato dalla legge, l'aggravio di tale onere dà luogo a *servitù* la quale ha nascita nel fatto dell'uomo.

Con la prescrizione si acquista questa servitù quando sia continua ed apparente: ne è d'uopo che le opere siano fatte nel fondo servente, perchè il fatto dello scarico dichiara già l'esistenza dell'opera; e la volontà di valersene nel proprietario del fondo dominante.

§ 193. — *Della servitù di condotta d'acqua.*

La servitù di *condotta d'acqua* consiste nell'onere imposto ad un fondo di dar passaggio ad acque le quali per diritto di servitù di presa son dovute ad un altro fondo, o delle quali, perchè sopravanzanti ai bisogni di un fondo, vuol essere effettuato lo scarico su altro fondo il quale vi sia tenuto, o che derivano dai prosciugamenti o bonifiche di terreni paludosi: la quale ultima specie è solo una forma di servitù di condotta per scarico d'acqua. Cotesta servitù, può essere, per qualunque degli scopi ora accennati, stabilita per *legge*, o per *fatto dell'uomo*, e in quest'ultimo caso può esserlo con la prescrizione, quando abbia i caratteri di apparente e continua: imperocchè potrebbe essere non apparente, se il passaggio

venisse tenuto col far decorrere le acque in canali già esistenti (*C. 599*), od alcuna opera esterna non rivelasse la esistenza della servitù. E siccome non occorre accennare a regole speciali quando la nascita di tale servitù abbia luogo per fatto dell'uomo, si terrà qui discorso dello stabilimento suo dipendente dalla legge, badando a distinguere le tre ipotesi nelle quali può avvenire.

§ 194. — *Servitù di acquedotto.*
Come si stabilisca per legge.

V. fonti cit. nel § 183.

La legge male avrebbe governata la materia delle acque per i bisogni della vita e nell'interesse dei fondi, se non avesse provveduto al passaggio dell'acqua che si vuol condurre in un fondo, o che dal fondo vuol essere scaricata: perciò la servitù coatta, legale di acquedotto: servitù reale, se stabilita su un fondo a vantaggio di un altro.

A) Il proprietario di un fondo può essere costretto a darvi il passaggio alle acque che si vogliano condurre da un fondo in altro fondo, e non importa se questi due fondi appartengano al medesimo proprietario, oppure a proprietari distinti (nella quale ipotesi il fondo dominante avrebbe la servitù di presa d'acqua rispetto all'uno, e di acquedotto rispetto all'altro dei due fondi serventi); nè, quando si tratti di acqua ad uso agrario ed industriale, rileva la qualità delle acque che si vogliono condurre (vive o colaticcie), se da esse l'industria può trarre profitto (*C. 598*). Se il proprietario potesse condurre l'acqua facendo nel suo fondo le opere necessarie, ma la spesa non fosse in proporzione col vantaggio che vuol ritrarre, avrebbe pur diritto a chiedere il passaggio.

La servitù dovendo provvedere all'utilità del fondo dominante può essere stabilita permanentemente od a tempo, e però anche dal conduttore del fondo dominante (*C. 598*); e la sua nascita avviene quando concorrano le condizioni seguenti:

1. l'elemento della *necessità*, tale essendo la causa per la quale la legge interviene, limitando la estensione del diritto del proprietario non consenziente; necessità α) rispetto ai bisogni della vita, oppure β) agli usi agrari, γ) od industriali (*C. 598*);

2. sia provata da chi domanda il passaggio l'esistenza del diritto sull'acqua destinata a provvedere a tale necessità, per il tempo durante il quale il passaggio è chiesto (*C. 602*): perchè non avendo tal diritto, mancherebbe l'elemento della *necessità* del fondo al cui vantaggio la legge vuol provvedere; e per lo stesso motivo, va provata la sufficienza dell'acqua all'uso cui è destinata (*C. 602*);

3. l'attualità di cotesto diritto, chè altrimenti la necessità di cui si è detto non occorrerebbe;

4. che, ove tra il fondo sul quale si vuole effettuare il passaggio, e quello sul quale si effettua la presa esistesse un altro fondo, sia dimostrato l'acquisto del diritto di passaggio su questo; e ciò per la considerazione già fatta;

5. che il passaggio richiesto sia il più conveniente ed il meno pregiudizievole al fondo servente, avuto riguardo alle circostanze dei fondi vicini, al pendio ed alle altre condizioni per la condotta, il corso e lo sbocco delle acque (*C. 602*);

6. e finalmente, che sia fatto il previo pagamento di una indennità fissata nel valore di stima dei terreni da occuparsi, senza detrazione delle imposte e degli altri carichi inerenti al fondo (rimanendo intatto nel proprietario il dominio di tali terreni), col soprappiù del quinto, stante la gravità dell'onere imposto, e l'essere stabilito per l'utilità privata (cfr. *C. 594*): è pur dovuto il risarcimento dei danni *immediati* (p. es., i derivati dalla costruzione del canale), nei quali son compresi pur quelli derivanti dalla separazione in due o più parti, o da altro deterioramento, del fondo da intersecarsi (*C. 603*). Cotesta indennità è ridotta della metà, qualora la domanda per il passaggio sia fatta per un tempo inferiore ai nove anni, con l'obbligo, scaduto il termine, di rimettere le cose nel pristino stato (*C. 604*); se poi il diritto di passaggio temporaneo si volesse rendere perpetuo, o esso venisse reso tale prima della scadenza del termine per il quale era originariamente fissato (nove anni o meno), va computata nelle somme dovute la metà di già pagata, pagando gli interessi dell'altra metà anche dal giorno in cui il passaggio fu praticato: o il termine è scaduto, e allora il pagamento è dovuto per intero; imperocchè nell'un caso si ha la figura di una estensione di un rapporto esistente, nel secondo la costituzione di un rapporto nuovo (*C. 604*).

Quando assieme ai terreni da occuparsi per il canale, ne fossero occupati altri allo scopo di riporvi le materie estratte ed il getto dello spurgo, vien pagata la sola metà del valore del suolo, col soprappiù del quinto, e sempre senza deduzione delle imposte e degli altri carichi inerenti (*C.* ***613***).

1. Di regola, la servitù di acquedotto può essere costituita su qualunque fondo: eccezione è fatta per le case, e per i cortili, giardini ed aie quando siano attinenti alle case: limitazione ordinata per motivi di igiene, e per impedire il grave guasto che la costruzione del canale darebbe a tali fondi, nonchè il grave incomodo che ne deriverebbe agli abitanti delle case (*C.* ***598***). Altra eccezione concerne i canali esistenti e destinati al corso di altre acque, non potendo chi insta per il passaggio chiedere di immettervi le acque che vuol condurre: giacchè altrimenti si avrebbe rispetto al diritto sull'acqua una comunione alla quale la legge non costringe; e d'altra parte, chi si vale del canale esistente potrebbe aver grave danno in conseguenza della mescolanza delle acque, o nella misura cui ha diritto (*C.* ***599*** in pr.), stante le mutate condizioni di velocità, oppure nel pericolo minacciante la stabilità stessa del canale. Il contrario avviene quando il proprietario del canale esistente e delle acque che vi scorrono, lo sia pure del fondo nel quale si vuole aprire un altro canale, e offrisse in quello l'esercizio della servitù (v. § 195, B), non avendo qui luogo gl'inconvenienti notati. Tolte coteste restrizioni, deve essere conceduto il passaggio dell'acqua anche attraverso cavi naturali od artificiali, purchè ciò avvenga nel modo più conveniente ed adattato al luogo ed al loro stato, e cioè con ponti-canali, o tombe rette o curve, secondo la posizione elevata, eguale od inferiore che il nuovo canale deve tenere rispetto all'antico (*C.* ***600***), e purchè non sia impedito, ritardato od accelerato, od in qualunque modo alterato il corso od il volume delle acque che vi scorrono (*C.* ***600***): non dovendosi, per dare vantaggio ad altri, cagionare danno a chi esercita di già il diritto di acquedotto, col togliergli l'acqua o col fargliene avere una quantità inferiore. È permesso pure di attraversare strade pubbliche, ovvero fiumi e torrenti, osservando le disposizioni che le leggi ed i regolamenti speciali sulle acque hanno in proposito (*C.* ***601***).

B) Coteste norme valgono anche per il caso di servitù di

acquedotto che si volesse stabilire per curare lo scarico di acque (*C. 606*).

C) Le considerazioni valevoli a dimostrare la bontà della legge che ordina la servitù di acquedotto per lo scarico di acque sovrabbondanti, hanno maggior vigore quando lo scarico concerne acque provenienti da lavori di prosciugamento o bonificamento di terre e che si vogliono immettere in un corso d'acqua od altro scolatoio; opere da incoraggiare, non meno nell'interesse privato che pubblico, per lo sviluppo dell'industria e la tutela dell'igiene. Può in tal caso stabilire la servitù anche chi non sia proprietario del fondo da prosciugare o bonificare, purchè il proprietario non vi si opponga; che se la legge disse solo di quest'ultimo (*C. 609*), ciò fece sia perchè badò solo alla generalità dei casi, sia perchè non opponendosi il proprietario ai lavori che il conduttore faccia, altri non ha interesse ad opporsi; d'altronde, nessuna modificazione si volle portare alle leggi anteriori che disponevano sulla materia (*C. c. s. 630*, loc. *possessore*). La servitù s'intende stabilita quando concorrano le seguenti condizioni: 1) si vogliano intraprendere i lavori di bonifica o di prosciugamento, qualunque sia il mezzo col quale sono effettuati (fognatura, colmata ecc.); 2) che esistendo altri fondi fra quello da prosciugare ed il fondo ove si vuole stabilire la servitù, sia dimostrato che in essi venne di già stabilita la servitù di acquedotto (v. il § pres., A); 3) sia premesso il pagamento dell'*indennità* da fissarsi: le disposizioni accennate dianzi a questo riguardo non hanno qui applicazione (arg. *C. 611*), e la minor severità della legge ha causa nell'utilità generale che nella specie è meglio interessata; 4) che il luogo ove si vuol effettuare la condotta sia del minor danno possibile per il fondo servente (*C. 609*).

1. Quanto ai fondi sui quali la servitù si può costituire, valgono le norme accennate (v. pres. §, A 1): eccezione fatta per il caso si volessero immettere le acque nel canale esistente, perchè (non avendosi nella specie i pericoli di danno allora notati) i *proprietari dei fondi attraversati da fogne o da fossi altrui*, o che altrimenti possono profittare dei lavori fatti per bonifica o prosciugamento di terreni, hanno la facoltà di servirsene per risanare i loro fondi; ma è d'uopo: 1) che non ne avvenga danno ai fondi già risanati, e 2) che sopportino le nuove spese occorrenti per modifi-

care le opere già eseguite (affinchè queste possano servire anche per i fondi attraversati), e (stante la comunione che sorge) una parte proporzionale delle spese avvenute, nonchè di quelle richieste per il mantenimento delle opere divenute comuni (*C. 610*).

2. Per l'interesse che destano i lavori di bonifica, l'opposizione fatta al prosciugamento di terreno paludoso da chi vi esercitasse un diritto di presa di acqua, non impedisce che quei lavori abbiano luogo: ma si avrà cura di conciliare i due interessi con le opportune opere (la cui spesa non sia sproporzionata allo scopo); e se ciò non fosse possibile, l'opponente ha diritto ad una congrua indennità (*C. 612*).

§ 195. — *Esercizio della servitù.*

V. fonti cit. nel § 183.

A) I diritti relativi all'esercizio della servitù sono determinati dalle norme generali date in proposito (v. § pres., B in f.), avuto riguardo al contenuto della servitù in esame: la quale non attribuisce al conducente la proprietà del terreno laterale o sottoposto alla sorgente od al canale conduttore, e perciò le imposte prediali e gli altri pesi inerenti al fondo sono a carico del proprietario di esso (*C. 648*); contenuto della servitù è infatti il solo onere del *passaggio* dell'acqua. Le acque sorgenti nel canale o che sfuggite da altri canali vi si raccolgono, appartengono a chi vi esercita la servitù di acquedotto: la difficoltà di determinarne l'entità è la ragione precipua legittimante questo secondo diritto. Di altri diritti speciali si può dedurre l'esistenza, badando agli obblighi del proprietario del fondo serviente.

B) Chi esercita la servitù, e perciò possiede il canale nel fondo altrui, non potendo aumentare l'aggravio del fondo, non può immettervi maggior quantità d'acqua se non sia riconosciuto che il canale ne è capace, e non ne possa venir danno al fondo servente (*C. 605*); qualora l'introduzione di una maggior quantità d'acqua esigesse *nuove opere* (dovendosi ricorrere ad un ampliamento della servitù), queste non possono farsi se prima non ne sia determinata la natura e la qualità, e non ne siano fatti i pagamenti voluti (*C. 603, 605*). Il che ha pur luogo, quando, attraversato un acque-

dotto di già esistente, si volesse poi cangiare il modo col quale lo è stato, col voler cioè sostituire un ponte-canale ad una tomba, o viceversa (*C. 605*), perchè tale cangiamento porterebbe per sè aggravio nella servitù e pericolo di danno. Cotesta seconda limitazione sta solo per i casi enunciati; altre mutazioni di sola forma (sostituire un ponte-canale in muratura ad un ponte-canale in tavole) non recherebbero aggravio, e però l'effettuarle non saprebbe esserne vietato. Inoltre, se la servitù fosse di presa, ma in pari tempo sul fondo servente fosse dato, per effettuarla, la condotta; oppure si trattasse di sola servitù di condotta d'acqua, chi ha diritto alla servitù (salva la disposizione contraria del titolo) è tenuto a mantenere convenientemente spurgato il cavo, e le sponde in buono stato di riparazione (*C. 642*); perciò, il diritto di condurre le acque sul fondo altrui comprende quello di passare lungo le sponde del canale per vigilare la condotta delle acque e farvi gli spurghi e riparazioni occorrenti: e se il fondo venisse chiuso, il proprietario deve lasciarne, per cotesto oggetto, libero e comodo l'ingresso a chi esercita la servitù (*C. 639*).

Quando nel fondo ove si vuol effettuare il passaggio dell'acqua esistesse di già un canale, e di questo e delle acque che vi scorrono fosse proprietario chi lo è pure del fondo, egli può impedire sia aperto un nuovo canale, offrendo di dare il passaggio alle acque nel canale medesimo: chi lo domanda non è tuttavia tenuto ad annuire a cotesta offerta, se non quando possa essere effettuata senza di lui *notevole* danno (*C. 599*). In tal caso, l'indennità dovuta al proprietario *sarà* determinata avuto riguardo all'acqua introdotta, al valore del canale, alle opere che si rendessero necessarie per il nuovo transito, ed alle maggiori spese di manutenzione.

Ad impedire che, approfondendo il cavo, chi esercita la servitù di acquedotto, si appropriì acque sorgenti nel fondo servente alle quali non abbia diritto, il proprietario del fondo servente ha sempre facoltà di far determinare stabilmente il fondo del canale, con l'apposizione di capisaldi o soglie da riportarsi a punti fissi; ma s'egli non avesse fatto uso di cotesta facoltà nella prima concessione dell'acquedotto, dovrà sopportare la metà delle spese occorrenti (*C. 607*), perchè l'operazione avrebbe ormai luogo a suo esclusivo riguardo ed interesse.

§ 196. — *Consorzi in materia d'acque.*

Quanti hanno interesse comune nella derivazione e nell'uso dell'acqua, o nella bonificazione o prosciugamento di terreni, possono costituirsi in consorzio, allo scopo di provvedere all'esercizio, alla conservazione ed alla difesa dei loro diritti (*C.* ***657***); tale costituzione ha luogo *volontariamente*, e in tal caso l'adesione degli interessati ed il regolamento del consorzio debbono risultare da atto scritto (*C.* ***657*** al.) : ma può essere *ordinata* dall'autorità giudiziaria *quando si tratti dell'esercizio, della conservazione* e *della difesa dei diritti comuni dei quali non sia possibile la divisione senza grave danno:* così è conciliato il rispetto alla libertà individuale, col bisogno di allontanare danni che potrebbero colpire gli altri interessati (*C.* ***659***). Cotesto consorzio coatto ha luogo: 1) sulla domanda della *maggioranza* degli interessati, e 2) sentiti sommariamente gli altri, non potendosi altrimenti accertare se si tratti di diritti comuni, e se, in tal caso, la divisione non possa farsi senza grave danno; ed ordinato ch'esso sia, il regolamento proposto e deliberato dalla maggioranza è pure soggetto all'approvazione dell'autorità giudiziaria, il cui intervento è garanzia per i diritti della minoranza. Costituito il consorzio, le deliberazioni della maggioranza di esso, che siano date *nei limiti* e *secondo le forme* stabilite nel regolamento relativo, obbligano la minoranza, secondo le norme governanti il caso identico nella *comunione* (*C.* ***678***); e le altre norme su questa, nonchè quelle relative alle società e divisione, vanno pure osservate per i consorzi (*C.* ***661***), all'infuori di quanto concerne lo scioglimento, ch'è *volontario* nel solo caso sia deliberato da una maggioranza eccedente i tre quarti, e *coatto* quando, potendo effettuarsi la divisione *senza grave danno* (si avrebbe così una condizione contraria alla costituzione del consorzio, *v. sopra*), ne venisse fatta instanza da qualunque interessato (*C.* ***660***).

Tutela delle servitù prediali.

§ 197. — *Azione confessoria; azione possessoria.*

WINDSCHEID, § 217; VANGEROW, §§ 353 e seg.; BRINZ, § 200; DERNBURG, *Pand.*, §§ 255 e segg.; ARNDTS-SERAFINI, §§ 191-192.

Il diritto spettante al titolare della servitù è protetto anzitutto con l'azione *confessoria:* azione *reale*, che può essere instituita avverso qualunque persona commetta violazione ingiusta di cotesto diritto, e di cui oggetto essendo il riconoscimento del diritto leso, è però il *diritto* stesso. Onde la necessità che l'attore dia le prove dell'esistenza del *diritto di servitù*, deducendole sia dalla legge, sia dal fatto dell'uomo; cosicchè il carattere di cotesta azione è identico a quello della rivendicazione, salvo il diverso contenuto che nell'una è la servitù, nell'altra la proprietà: e identico è il modo con cui, rilevata sempre la diversità notata, se ne spiegano gli effetti.

Come la *confessoria* è difesa del *diritto*, così a tutela del *possesso* della servitù si dànno le azioni *possessorie*. L'azione di manutenzione è data quando della servitù si abbia il possesso *legittimo:* e però a tutela delle servitù continue ed apparenti, e di quelle non aventi questi due caratteri ma la cui costituzione è data dal titolo o dalla legge, ed in qualche caso (servitù apparenti e discontinue) dalla destinazione del padre di famiglia, oppure (servitù continue e non apparenti) dal possesso e dalla *contraddizione*. L'azione di reintegrazione invece può aver luogo, per la natura sua, a difesa di qualunque servitù.

CAPITOLO VII.

Diritto di enfiteusi e di superficie.

§ 198. — *Generalità.*

WINDSCHEID, §§ 218-223; VANGEROW, §§ 358-362; BRINZ, §§ 202-205; DERNBURG, *Pand.*, §§ 258-259; ARNDTS-SERAFINI, §§ 195-200; AUBRY et RAU, §§ 223 e segg.; LAURENT, VIII, 341-405; VIII, 409-433.

D., *si ag.*, *vectig.*, *i. e. emphit.*, *pet.* (VI, 3); *C.*, *de i. emphit.* (IV, 66).

Cod. civ. it., a. 1556-1567; C. c. austr., §§ 1122-1150; C. c. neerl., a. 758-783; C. c. port., a. 1653-1705.

Il diritto di *enfiteusi* e il diritto di *superficie* non sono a dirsi diritti di servitù, perchè hanno un contenuto più esteso di quanto in questa non sia: esso non sta nella *utilità* prestata ad una persona o ad un fondo dalla cosa su cui la servitù grava, ma in un rapporto il cui oggetto è il fondo per sè stesso, e che però diminuisce d'assai la estensione dei poteri che altrimenti sarebbero compresi nel diritto di proprietà; diminuzione così grave, che si volle, non bene, dare al diritto nascente dalla enfiteusi il carattere di *dominio*, detto *utile* perchè ristretto al godimento, in contrapposto ai poteri rimasti al nudo proprietario, detti *dominio diretto*: e nella superficie la gravità è ancor più evidente. Imperocchè, la enfiteusi ha per oggetto il godimento di un fondo, considerato come oggetto di un diritto assoluto spettante al titolare, il quale ne dispone a piacimento (a differenza dell'usufrutto), e questo diritto è reale (a differenza di quanto si ha nella locazione); e nella superficie vi ha pure cotesto diritto assoluto avente ad oggetto la *superficie* stessa, ossia quel che si eleva sopra il suolo (*superficies*), e su che è appunto costituito il rapporto. Malgrado la estensione di questi diritti, nè l'enfiteusi è proprietà, perchè al proprietario rimane non solo il diritto di disposizione della cosa sua (s'intende con l'onere reale della enfiteusi), ma anche un godimento che egli percepisce, benchè non direttamente, dalla cosa, coll'annua prestazione dovutagli; e nella superficie, egli ha la proprietà della cosa principale cui la superficie, come accessorio, cede, e cioè il suolo; per la qual cosa, il diritto di enfiteusi e

quello di superficie vanno considerati come diritti reali sulla proprietà, come oneri sulla cosa diminuenti i poteri del proprietario, nel senso che o sottraggono a lui il godimento diretto e pieno della cosa (enfiteusi), o gli impediscono di trarre vantaggio dalla massima che la cosa accessoria deve cedere alla cosa principale. Dal che sorge pure la diversità del contenuto fra la enfiteusi e la superficie.

§ 199. — A) *Enfiteusi. Come si stabilisca.*

V. fonti cit. nel § 198.

Enfiteusi è il diritto reale al godimento di un fondo, con l'obbligo di non deteriorarlo, di migliorarlo, e di pagare un'annua determinata prestazione; senza cotesti due obblighi mancherebbe l'essenza giuridica dell'enfiteusi, dacchè il primo dà lo scopo della concessione (miglioramento del fondo), e l'altro la distinzione fra i due diritti del proprietario e dell'enfiteuta chè coesistono, e nel loro insieme rappresentano la piena proprietà sul medesimo (*C. 1556*). La concessione può risultare da atto fra vivi o di ultima volontà: quanto alla forma è d'uopo l'atto pubblico o la scrittura privata (*C. 1314*), che per essere efficace di fronte ai terzi abbisogna poi della trascrizione. La concessione dev'essere fatta dal proprietario (o possessore di buona fede, ove concorra la buona fede del terzo acquirente): e può esserlo *a tempo,* oppure *perpetuamente* (*C. 1556*), nel quale ultimo caso apparisce ancor meglio il carattere di assoluto che ha il diritto dell'enfiteuta; la prestazione che questi è tenuto a dare può essere poi stabilita in una somma di danaro, oppure in derrate (p. es. una data parte dei frutti del fondo enfiteuticario, *C. 1556*).

§ 200. — *Diritti dell'enfiteuta.*

V. fonti cit. nel § 198.

Nel determinare i diritti dell'enfiteuta, la legge si è tenuta a questi due criteri: *a*) il carattere di reale, assoluto che il diritto di enfiteusi ha, e *b*) la diminuzione così ingente che apporta ai poteri del proprietario, da essere utile per la economia e per la cer-

tezza del dominio, il favorire la consolidazione dei due poteri nella persona dell'enfiteuta.

1. Dal primo criterio deriva: *a*) il diritto dell'enfiteuta a trarre dal fondo qualunque profitto possa dare, sia per la propria natura (prodotti) o per la sua qualità giuridica di cosa principale (accessioni), sia indirettamente: e però l'enfiteuta ha gli stessi diritti spettanti al proprietario quanto al tesoro ed alle miniere che si scuoprono nel fondo enfiteuticario (*C.* ***1561***); *b*) il diritto dell'enfiteuta (non modificabile dalla volontà del costituente, *C.* ***1557***), a disporre (alienandolo od ipotecandolo) del suo diritto sul fondo enfiteutico e delle accessioni, per atto fra vivi e per atto di ultima volontà, e di trasmetterlo anche ai successori legittimi: per cotesta trasmissione, in qualunque modo avvenga, non è dovuta alcuna prestazione al concedente (*C.* ***1562, 1557***) e nel solo successore esiste l'obbligo al pagamento del canone; cotesto diritto non contiene quello di costituire una subenfiteusi, che anzi questa è espressamente vietata (*C.* ***1562***) come lesiva del diritto del proprietario, e contraria, con la serie dei rapporti che costituisce, al miglioramento stesso del fondo, il cui valore rimarrebbe menomato assai (*C.* ***1562***, v. § seg.); *c*) il diritto ad imporre servitù sul fondo, limitatamente al tempo di durata della enfiteusi: ond'è che il valore del fondo non ne soffre assai.

2. L'enfiteuta può ***sempre*** redimere il fondo enfiteutico (*C.* ***1564***); nè la disposizione contraria dell'atto di costituzione sarebbe attendibile (*C.* ***1557***) per i motivi d'interesse generale sui quali cotesto diritto regge. Ma, a compenso del diritto del proprietario, va fatto a questo il pagamento di un capitale in denaro corrispondente all'annuo canone sulla base dell'interesse legale: se il canone fosse in derrate, al valore di esso, sulla base del prezzo medio delle derrate negli ultimi dieci anni (*C.* ***1562***). E per il favore che la legge ha per cotesto diritto, è dato alle parti facoltà di convenire il pagamento di un capitale inferiore a quello così calcolato: solo quando la enfiteusi fosse concessa a tempo determinato e non eccedente i trent'anni, può essere convenuto il pagamento di un capitale superiore, purchè non eccedente il quarto di quello risultante dal calcolo suespresso (*C.* ***1564***). Anche avverandosi una delle cause per cui il concedente può chiedere la

devoluzione del fondo enfiteutico, l'enfiteuta è ammesso a far valere il diritto di redimere (*C.* ***1565*** in pr.).

§ 201. — *Obblighi dell'enfiteuta.*

V. fonti cit. nel § 198.

L'enfiteuta è obbligato, per la essenza stessa del diritto che ha, 1) a non deteriorare in qualunque modo il fondo; ed anzi 2) a migliorarlo, tale essendo il motivo per il quale cotesto rapporto è riconosciuto dalla legge (arg. *C.* ***1556, 1565,*** 2°); 3) al pagamento della prestazione annua, nel modo e nei termini stabiliti dall'atto di concessione (*C.* ***1556, 1565,*** 1°). Perchè il suo diritto è *reale,* in conseguenza, stante il non obbligo del concedente a *procurargli il godimento del fondo* (come si ha nella locazione), l'enfiteuta non può pretendere alcuna remissione o riduzione del canone per qualunque insolita sterilità o perdita di frutti (*C.* ***1559***); tuttavia, siccome il suo obbligo è di essenza del diritto, coll'estinguersi di questo per la perdita totale del fondo enfiteutico, si estingue pur quello (*C.* ***1560***): chè, se la perdita fosse parziale e la rendita della parte rimasta fosse sufficiente per il pagamento del canone intero, egli non avrebbe diritto a chiedere remissione o riduzione; in questo caso, e quando anche fosse perita una parte notabile del fondo, gli è solo concesso di liberarsi rinunciando al suo diritto (*C.* ***1560***), perchè la equità non consente ch'egli non possa così liberarsi da un obbligo, la cui causa, ch'è il godimento, è in gran parte tolta *per fatti indipendenti dall'enfiteuta.* 4) È tenuto poi al pagamento delle imposte prediali e di tutti gli altri pesi gravanti sul fondo (*C.* ***1558***): e ciò per la estensione del suo diritto di godimento.

Cotesti obblighi possono (tranne nella parte concernente i requisiti essenziali del negozio) avere, nell'atto di concessione, tutte le modificazioni che dal costituente o dalle parti fossero volute.

§ 202. — *Estinzione dell'enfiteusi.*

V. fonti cit. nel § 198.

S'estingue l'enfiteusi a causa: 1) della perdita totale del fondo; 2) della consolidazione; 3) della rinuncia che l'enfiteuta faccia del

proprio diritto; 4) della scadenza del termine, se l'enfiteusi fosse conceduta a tempo; 5) della prescrizione estintiva di trent'anni; 6) della risoluzione del diritto di proprietà del concedente, dove non concorressero i requisiti necessari per la immunità dei diritti conceduti ai terzi; 7) della *devoluzione* del fondo a favore del proprietario, il quale ha diritto di chiederla quando l'enfiteuta *a*) dopo una legittima interpellazione non abbia pagato il canone per due anni consecutivi; oppure *b*) deteriori il fondo; o finalmente *c*) non adempisca all'obbligo di migliorarlo (*C. 1565*).

La devoluzione per queste tre cause ha luogo qualora l'enfiteuta non preferisca valersi del diritto di affrancazione che gli compete, e dev'essere pronunciato dal giudice. Nel giudizio possono intervenire i creditori dell'enfiteuta per conservare le loro ragioni, impedendo ogni collisione allo scopo di danneggiare i loro interessi: possono pure (avendo facoltà di esercitare i diritti del loro debitore, *C. 1234*) valersi del diritto di affrancazione spettante all'enfiteuta, od offrire il risarcimento dei danni, se la devoluzione fosse chiesta per deterioramento dato dall'enfiteuta, ed offrire cauzione per l'avvenire (*C. 1565*).

A) Estinta l'enfiteusi, l'enfiteuta hà diritto a compenso per i *miglioramenti* (ma escluse le costruzioni per le quali vale altra regola) da esso fatti al fondo enfiteutico, giacchè non è lecito ad alcuno arricchire con danno altrui: e per cotesto criterio, se la estinzione dipendesse da devoluzione avvenuta per *colpa* dell'enfiteuta, sarà dovuto il compenso sino alla concorrenza della minor somma risultante fra lo speso ed il migliorato *al tempo del rilascio del fondo;* e se dipendesse da scadenza del termine fissato, è dovuto in ragione dei miglioramenti al tempo del rilascio. Nè qui si ha limite, perchè non sarebbe *equo* dedurre alcunchè dall'importare di miglioramenti, dei cui vantaggi l'enfiteuta non può, per la scadenza del termine, trarre il vantaggio che potrebbero produrre (*C. 1566*).

Avvenuta la devoluzione, le ipoteche acquistate contro l'enfiteuta si risolvono sul prezzo dovuto per i miglioramenti (*C. 1567*).

B) Se l'enfiteusi si estinguesse per l'affrancazione esercitata dall'enfiteuta, le ipoteche acquistate contro il concedente si risolvono sul prezzo dovuto per l'affrancazione stessa (*C. 1567* al., *1564*).

§ 203. — B) *Diritto di superficie: come si stabilisca.*

D., de superfic. (XLIII, 18).
V. fonti cit. nel § 198.

Superficie è tutto ciò che si eleva sul suolo, e può, indipendentemente dal suolo sul quale esiste, costituire oggetto di un diritto speciale; il soggetto che lo ha, esercita perciò sulla superficie (case, piante, ed anche piani diversi di una casa, se il rapporto della superficie risultasse chiaramente, avendosi in mancanza il concetto di *proprietà di piani distinti*) un diritto *reale immobiliare* assoluto, quale potrebbe competere al proprietario. Esso si può stabilire con atto fra vivi: perchè è un diritto reale immobiliare è necessaria la formalità della scrittura, e, per la validità nei rapporti coi terzi, la trascrizione; oppure con atto di ultima volontà. Il carattere del diritto (reale immobiliare) è l'essere costituito sulla cosa altrui, come eccezione al principio che la cosa accessoria cede alla principale, ed è reportata appartenere al proprietario di quest'ultima, solo perchè tale: il suo contenuto è un rapporto di disponibilità assoluta della cosa accessoria, separatamente dalla cosa principale, ed appartenente a persona diversa da quella cui questa appartiene. Può essere costituita da chi è proprietario del suolo, od anche da chi non lo è, quando occorra uno dei casi nei quali il terzo può validamente acquistare il diritto dal non proprietario; s'intende che debbono occorrere i requisiti di capacità e gli altri necessari all'esistenza e validità dell'atto, al quale si può aggiungere qualsivoglia clausola accessoria (condizione, termine, ecc.). E può esserlo su qualunque cosa si elevi sul suolo, sia poi che la costruzione o piantagione esista di già, o che l'acquirente abbia per la concessione ottenuto il diritto a che vi sorgano.

Tenendo al concetto dato del contenuto di cotesto diritto, s'intende come il pagamento di un *canone annuale* non sia di essenza dell'atto come avviene per la enfiteusi: in questa il canone risponde alla produzione annuale dei frutti, al godimento sul quale si esercita il diritto dell'enfiteuta, mentre nel diritto di superficie si ha un diritto sulla superficie stessa; ond'è che il diritto di superficie può essere costituito a titolo oneroso o gratuito.

§ 204. — *Diritti ed obblighi del superficiario.*

V. fonti cit. nel § 198.

A) Il superficiario ha un diritto assoluto sulla superficie, e però può disporne come meglio gli piace, ed anche trasmetterla agli eredi; potrebbe pure distruggere la superficie (comb. col § seg.), quando con ciò non violasse il diritto altrui sulla medesima. Cotesto diritto, se la concessione fosse fatta termine, è limitata al tempo stabilito.

B) Gli obblighi del superficiario verso il proprietario sono quelli che l'atto di concessione ha stabilito (specialmente per quanto può concernere il debito del canone e le rate del pagamento); in difetto, i loro rapporti durante la concessione non sono regolati dalle norme sulla comunione, perchè ciascheduno di essi ha una cosa distinta come oggetto del proprio diritto. Se la superficie avesse ad oggetto un piano di casa, le norme sui rapporti fra i proprietari cui i piani distintamente appartengono, potrebbero pure essere applicati alla specie.

§ 205. — *Estinzione del diritto di superficie.*

V. fonti cit. nel § 198.

La *estinzione* del diritto di superficie avviene negli stessi modi che per la enfiteusi (salvo quanto ha tratto al canone ed al suo pagamento, § 203 in f.); col rientrare della superficie nella disponibilità del proprietario del suolo, nascono dei rapporti fra questi ed il superficiario al quale va rimborsato il valore del miglioramento dato con spese necessarie, utili od anche voluttuarie in pro della superficie esistente all'epoca della costituzione del diritto, o del valore della superficie, se questa venne elevata dal superficiario in seguito alla concessione avutane; perchè il proprietario accordandola, ha dato al superficiario un potere assoluto sulla cosa, e però quello di fare i miglioramenti che vorrà (salva la disposizione contraria dell'atto); le norme relative al possessore di buona fede (*C.* ***705, 706***) non hanno qui applicazione. Di regola, il superficiario non dovrebbe rispondere dei deterioramenti dati alla superficie sulla

quale gli è stato conceduto il diritto, salva la clausola contraria che fosse nell'atto di concessione; e non risponde pure dell'averla distrutta, quando non esistesse una clausola contraria, oppure la concessione fosse a termine, nella quale ipotesi questo potere si intenderebbe escluso dall'atto.

Se la concessione obbligasse il superficiario al pagamento di un canone annuo, le disposizioni sull'enfiteusi in ordine a' cotesta materia non sarebbero applicabili, e però neppure le conseguenze sui diritti e le obbligazioni del proprietario, perchè troppo diverso è il contenuto dei due istituti. Varrebbero le norme generali, e specialmente, come garanzia per il concedente, l'istituto della condizione risolutiva tacita.

CAPITOLO VIII.

Diritti reali di garanzia.

§ 206. — *Generalità.*

Windscheid, §§ 224-249; Vangerow, §§ 363-392; Brinz, §§ 350-355; Dernburg, *Pand.*, §§ 261-292; Arndts-Serafini, §§ 364-392; Dernburg, I, §§ 312-364, Förster, III, §§ 190-200; Siebenhaar, §§ 225-248.

Dernburg, *D. Pfandrecht nach den Grundsätzen d. heut., röm. Rechts* (1860-64); Scherer, op. cit.; Achilles, *Die Preussische Gesetze über Grundeigenthum und Hypothekenrecht* (1888). V. pure Chironi in *Riv. it. p. le sc. giur.* (1886, 1887, p. II, § 3).

L'essenza dei *diritti reali di garanzia* consiste nella sicurtà che dànno del soddisfacimento di un diritto di credito, in occasione e dipendenza del quale hanno vita, e del quale diritto è soggetto la persona che lo è pure di essi: cosicchè, il potere ch'è racchiuso in tali diritti assoggetta la cosa (appartenga o no al patrimonio del debitore) all'azione diretta della persona, solo per quanto ha tratto al soddisfare un credito che nella cosa ha la sua immediata guarentigia. Cotesta relazione intima fra il diritto di credito ed il diritto reale che n'è la sicurtà, spiega: 1) come i diritti reali di garanzia differiscano da quelli di godimento, ed il modo col quale, inerentemente alla loro natura, si esplica sulla cosa il potere che n'è il contenuto; 2) come non possano avere esistenza senza un diritto di

credito; 3) come con l'esercizio loro il diritto di credito possa rimanere estinto interamente, od in parte, secondo il valore della garanzia data. È ad avvertire, che la relazione fra il diritto di credito ed il diritto reale che lo guarentisce, non toglie a quest'ultimo l'avere, *di regola,* una esistenza a sè: imperocchè, se per esistere ha bisogno dell'esistenza del diritto di credito, pure, come rapporto sulla cosa, ha un'entità sua propria, individualmente determinata.

Il contenuto di questa specie di diritti reali dimostra come nei rapporti fra il creditore al quale dànno la garanzia, e gli altri creditori del debitore che ne sono sforniti, esista a favore di quello un *diritto di prelazione,* avendo così la preferenza ad essere soddisfatto del suo credito sul *valore* della cosa vincolata. Di regola, chi si è obbligato *personalmente* (e non vincolando le cose proprie per il debito altrui), qualunque sia il fonte della obbligazione, risponde dell'adempimento di questo con tutti i suoi beni mobili ed immobili presenti e futuri (*C. 1948*), dacchè il suo *patrimonio* sia garanzia comune dei creditori suoi personali (*C. 1949*): questi vi hanno tutti un eguale diritto (siano o no sufficienti i beni a soddisfarli per intero, *C. 1949*), essendo eguale la garanzia che il patrimonio del debitore presta ad ognuno di essi, quando a favore di qualcuno non esistano cause legittime di prelazione; ed hanno tale carattere solo i *privilegi* e le *ipoteche.*

I diritti reali di garanzia differiscono da altri diritti pure di garanzia dei quali la *prelazione* è il solo contenuto: la loro essenza è data da un potere diretto ed immediato sulla cosa, a scopo, s'intende, di garanzia d'un credito, e la prelazione è un *effetto* dell'esercizio di questo potere. Dei *privilegi,* la maggior parte dà al titolare del credito privilegiato il diritto di *prelazione* rimpetto agli altri creditori, i quali concorrono sul prezzo delle cose vendute in odio del debitore comune: alcuni poi hanno causa in un diritto reale, in una potestà sulla cosa derivante dal diritto di pegno conceduto espressamente o tacitamente dal debitore al creditore. Ond'è, che non parrebbe guari esatto il sistema di porre fra i privilegi anche i diritti di garanzia derivanti dal pegno (così, *C. 1958*, 2°-4°, 6°-9°: cfr. § 240 in f.), e con tale criterio seguirà qui il trattato dei diritti reali di garanzia; e perchè la distinzione apparisca vieppiù

rigorosa, si dirà anzitutto dei *privilegi* propriamente detti, involventi cioè solo un diritto di prelazione, e poi dei *diritti reali di garanzia* immobiliari e mobiliari.

§ 207. — *Del privilegio propriamente detto.*

Cons. fonti cit. nel § preced. V. AUBRY et RAU, §§ 257-259; LAURENT, XXIX, 267-354.

TROPLONG, *Comment. du titre des privilèges et hypoth.* (1854); PONT, *Comment., tr., th. prat. d. privil., et hypoth.* (1876).

C. c. it. a. 1952-1954; C. c. fr., a. 2095-2997; C. c. neerl, a. 1177-1184; C. c. port., a. 878-879; C. c. della Rep. Arg., a. 3875-3877; C. c. del Mess., a. 2054-2096; Cod. c. dell'Ur., a. 2321-2341; C. c. del Guat., a. 2384-2424; C. civ. del Chilì, art. 2465-2491. Cons. i fonti di D. r. cit. nel § 228.

Il privilegio, propriamente detto, è « un diritto di prelazione che la legge accorda in riguardo alla causa del credito » (*C. 1952*); il suo carattere distintivo è il dipendere interamente dalla qualità del credito, in quanto dalla legge essa è tenuta meritevole di avere una preferenza sugli altri crediti: da ciò segue, che se la causa del credito, e non il tempo in cui esso è costituito, influisce sulla nascita e la estimazione del privilegio, più creditori *egualmente* privilegiati, perchè titolari di crediti aventi eguale causa, concorrono fra loro in proporzione dell'importare di questi, quando il valore della cosa sulla quale cade il privilegio non fosse sufficiente a soddisfarli tutti per intero (*C. 1954*). E consegue pure, che, dato al privilegio un carattere eccezionale, di fronte alla regola per la quale il patrimonio del debitore è garanzia comune di tutti i creditori; e che la eccezione ha causa solo nel voto della legge valutante con maggior favore una data causa di credito: i privilegi non si possano estendere oltre i casi espressamente indicati dal legislatore.

1. I privilegi, propriamente detti, differiscono dai *diritti reali di garanzia* in genere, perchè il loro contenuto si restringe ad un diritto di preferenza sul prezzo di cose determinate, e però hanno *efficacia* solo nel concorso di più creditori: invece, negli altri si ha un vero potere sulla cosa (limitato alla sua causa), il quale nasce non appena sia specialmente costituito. Da questa nozione si apprende come la maggior parte dei diritti reali di garanzia (ipoteca, pegno) contenga un potere a sè, separato dal credito, mentre il privilegio non contenendone alcuno, e connesso com'è alla qualità del cre-

dito (cfr. § 240 in f.) non può essere concepito indipendentemente da questo; come i diritti reali di garanzia seguano la cosa in tutte le successive trasmissioni che ne siano fatte (tenuto conto della grave eccezione concernente i mobili, *mobilia sequelam non habent: C. 707*), mentre ciò non avviene per il privilegio propriamente detto. Differiscono poi dal diritto reale immobiliare di garanzia ch'è la *ipoteca*, perchè: 1) la ipoteca trae origine dalla volontà dell'uomo, della legge o dalla sentenza del giudice, ed il privilegio della sola legge; 2) perciò, mentre nel concorso fra più creditori ipotecari la preferenza è data in base alla regola *prior tempore, potior iure*, ciò non avviene del privilegio; 3) perchè questo dipende dalla qualità del credito, il credito cui è attinente è preferito a tutti gli altri crediti, anche ipotecari (*C. 1953*); 4) per giunta, il privilegio può cadere sulle cose mobili e sulle immobili, mentre la ipoteca può essere costituita solamente sulle cose immobili; 5) e per sua natura non cade, di regola, se non sopra cose del debitore (per i casi di cui in *C. 1958*, 4°, v. il § 244), a differenza della ipoteca e del pegno.

2. I *privilegi propriamente detti* ed i *diritti reali di garanzia* hanno comuni due norme fondamentali, e ciò dipende dall'essere destinati i due istituti ad assicurare un credito: 1) la esistenza di entrambi dipende della esistenza di un credito, giacchè in difetto di questo non avrebbero lo scopo di *garantire* ch'è il loro contenuto generale: tuttavia, è a ricordare come in alcuni dei diritti reali (ipoteca, pegno: ma vedi il § 240 in f.) il diritto reale esista quale potere a sè; 2) la surrogazione di un valore alla cosa sulla quale si ha il diritto di garanzia; ciò ha luogo in due casi: *a*) quando le cose soggette a privilegio (o pegno, *C. 1958*, 2°-4°, 6°-9°) od ipoteca sono perite o deteriorate, le somme dovute dagli assicuratori per indennità della perdita o dal deterioramento sono vincolate al pagamento dei crediti privilegiati ed ipotecari secondo il loro grado; dal momento che il valore dovuto rappresenta la cosa perita, o la parte deteriorata, il diritto di garanzia non ha perduto il suo oggetto, e decidere il contrario sarebbe recar danno al creditore, dando al debitore una liberazione non dovuta; se questo valore fosse destinato a riparare le perdite od il deterioramento, ai creditori è vietato di esercitare tal diritto, giacchè per siffatta destinazione l'oggetto della garanzia riacquista la entità di prima, e

niun danno li minaccia. Ma, allo scopo di non vincolare per lunga durata gli assicuratori, la legge volle che questi siano liberati quando, dopo trenta giorni dalla perdita o dal deterioramento, abbiano pagato senza che siasi fatta opposizione; *b*) per il motivo indicato, sono parimenti vincolate le somme dovute al debitore a causa di espropriazione per pubblica utilità, o di servitù imposta per legge (*C.* ***1951***).

3. Fra più crediti, la prelazione data dalla legge alla qualità del credito dà il privilegio; e così, fra più crediti privilegiati, la legge determina la prelazione secondo la qualità del privilegio (*C.* ***1953*** al.).

§ 208. — *Divisione dei privilegi.* α) *Sui mobili.*

A. *Privilegi sopra la generalità dei mobili.*

AUBRY et RAU, §§ 260-261; LAURENT, XXIX,. 355-541.
TROPLONG, op. cit.; PONT, op. cit.
Cod. civ. it., art. 1955-1956; Cod. c. fr., a. 2100-2101; C. c. neerl., a. 1195; C. c. port., a. 880-886; Cod. civ. della Rep. Arg., art. 3879-3882; e gli altri fonti cit. nel § prec.

I privilegi sono stabiliti sui beni *mobili* oppure sugli *immobili* del debitore: nel primo caso si distinguono in *generali* e *speciali*, secondochè comprendono tutti i beni mobili, oppure ne colpiscono alcuni determinati (*C.* ***1955***).

Il privilegio generale sui mobili guarentisce certi crediti specialmente indicati (*C.* ***1956***), dipendenti: *a*) da spese fatte nell'interesse generale dei creditori; oppure *b*) da spese o somministrazioni fatte nell'interesse del debitore; o *c*) da tributi: nell'un caso, la prelazione ha causa dal principio che nessuno debba avvantaggiarsi con danno altrui; nell'altro è consigliata da gravi ragioni di umanità, e d'igiene, e nel terzo dalla necessità che lo Stato, o la Provincia, od il Comune abbiano sicuramente e speditamente i mezzi coi quali debbono provvedere alle cure cui sono tenuti nell'interesse generale.

Al primo dei criteri accennati ha tratto il privilegio dato ai crediti riguardanti, α) le spese di *giustizia* (dipendenti cioè da un atto compiuto con l'intervento dell'autorità giudiziaria), β) fatte per atti conservativi (p. es., apposizione di sigilli) o di esecuzione sui mo-

bili (stantechè nella somma ottenuta tutti i creditori concorrono), γ) *nell'interesse comune dei creditori:* per il che se le spese toccassero solo l'interesse di chi le ha fatte, o della maggior parte dei creditori, il credito non sarebbe privilegiato rispetto a quelli fra i creditori ai quali l'atto non ha recato vantaggio. Al secondo si riannodano: 1) le spese funebri (per sepoltura del debitore o di persone di sua famiglia) *necessarie secondo gli usi:* sono *funebri* le spese tutte occorse per dare sepoltura al cadavere, nel modo voluto dagli usi, è però non s'intendono comprese quelle fatte per innalzare un monumento in memoria del defunto: ad impedire in coteste spese un eccesso, che se compatibile con la condizione sociale del debitore, non lo sarebbe con la posizione nella quale egli è rimpetto ai creditori, e con la ragione del privilegio (preferenza data al credito di chi curò fosse dato al defunto una sepoltura conveniente), il diritto di prelazione è ristretto alle sole spese *necessarie;* 2) le spese d'infermità fatte negli ultimi sei mesi della vita del debitore; ciò onde impedire che, per insufficienza di mezzi, il *debitore* (il privilegio non si può estendere a spese fatte per infermità di persone della sua famiglia) non abbia l'attendenza, e le cure necessarie: non è a distinguere se durante questi sei mesi le infermità siano state una o più, o se si tratti di malattia cronica: è a badare soltanto al termine fissato dalla legge; 3) le somministrazioni di alimenti (anche di vestito e di abitazione) fatte, da chiunque, al debitore od alla *sua famiglia* (parenti od affini conviventi insieme a lui) negli ultimi sei mesi, ed i salari delle persone di servizio (domestici) per ugual tempo: ciò onde impedire che il debitore oberato di assai debiti non trovi chi a credito gli somministri vitto, vesti, abitazione o gli presti servizio. Il termine dal quale i sei mesi vanno computati, è quello dell'atto per cui il diritto dei creditori alla comune garanzia sui beni del debitore, si effettua: nella specie sarebbe tale il pignoramento dei mobili eseguito sulla instanza di uno di essi. Al terzo criterio ha tratto il privilegio dato allo Stato per ogni tributo diretto, ed alle provincie ed ai comuni per le sovraimposte provinciali e comunali (escluso in tutti i casi il tributo fondiario, ch'è altrimenti guarentito, v. il § 210) dell'anno ch'è in corso quando è posto in essere un atto che determini il concorso dei diritti dei creditori sulla loro ga-

ranzia comune (nella specie, il pignoramento), nonchè dell'antecedente: ossia per due anni (cfr. LL. cc. nap., 1986; e LL. tosc. 2 maggio 1836, 15). Con cotesta limitazione è conciliata la esigenza dei servizii ordinati nel pubblico interesse, col diritto degli altri creditori.

Del rapporto fra questi crediti ed i chirografari, quando i beni mobili fossero insufficienti, si dirà a suo luogo (v. il § 211).

§ 209. — B. *Dei privilegi sopra determinati mobili.*

V. fonti cit. nel § precedente.
Cod. civ. it., a. 1958; C. c. fr., a. 2102-2103; C. c. neerl., a. 1185-1194; C. c. della Rep. Arg., a. 3883-3897.
V. gli altri fonti leg. cit. nei §§ 207, 208.

La prelazione sul valore di *mobili determinati* ha causa o nel potere spettante di già al creditore sui mobili stessi, in seguito al diritto di pegno concedutogli espressamente o tacitamente: oppure nell'avere il credito contribuito a far entrare (anche migliorando la cosa) o conservare nel patrimonio del debitore i mobili sui quali ottiene il privilegio; o nell'interesse della Finanza o nella destinazione (malleveria) data alla cosa sulla quale è stabilito il privilegio.

Degli istituti concernenti il primo di questi due ordini, sarà detto, per motivi già esposti, nel trattato dei diritti reali di garanzia: tuttavia è d'uopo accennarvi qui, sia perchè il privilegio derivante da essi entra nella graduazione generale ordinata dalla legge, sia perchè, in qualche caso, il privilegio è limitato (*C. 1958*, 3°) quanto all'ammontare del credito cui si riferisce.

A) Privilegi derivanti da diritto reale di pegno conceduto espressamente o tacitamente sulla cosa determinata, sono quelli che concernono: 1) il credito per il quale venne costituito il pegno (*C. 1958*, 6°); 2) il credito pei canoni del fondo enfiteutico (*C. 1958*, 2°); 3) il credito delle pigioni e dei fitti degli immobili; 4) il credito dipendente da contratto di masseria, mezzadria o colonia parziaria (*C. 1958*, 4°); 5) le somministrazioni e le mercedi dell'albergatore (*C. 1958*, 8°); 6) le spese di trasporto, di dogana e di dazio (*C. 1958*, 9°); 7) le spese fatte per la conservazione o miglioramenti di mobili (*C. 1958*, 7°).

B) Privilegio il cui fondamento è il secondo dei criteri accen-

nati, è quello che riguarda le somme dovute per le sementi, per i lavori di coltivazione e della raccolta dell'annata; cade sui frutti della raccolta, perchè senza cotesto concorso di spese i *frutti* non potrebbero esistere: è evidente come nei lavori di coltivazione non si comprendano soltanto le mercedi spettanti agli operai, ma tutte le spese relative ad operazioni (*lavoro* in senso oggettivo) di coltivazione, e però anche quelle concernenti gli ingrassi: il fondamento del privilegio soccorre nel dare cotesto significato alla lettera della legge (*C. 1958*, 5°).

C) Appartiene al terzo degli ordini accennati il privilegio pei crediti dello Stato in ordine ai diritti di dogana e di registro, nonchè di ogni altro dazio o tributo indiretto, sopra i mobili che ne furono l'oggetto (*C. 1958*, 1°).

D) Attengono all'ultimo criterio, i privilegi relativi: *a*) ai crediti di indennità per abusi o prevaricazioni commesse dagli uffiziali pubblici nell'esercizio delle loro funzioni, sui valori dati in malleveria e sugli interessi che ne fossero dovuti; e quelli relativi, *b*) alle somme dovute dai contabili dello Stato, dei comuni o di altri corpi morali, per fatti dipendenti dalle loro funzioni, sui valori dati per malleveria e rispettivi interessi (*C. 1958*, 10° 11°). Imperocchè la malleveria è data per assicurare l'indennizzo che i detti funzionari possono eventualmente dovere in seguito a fatti commessi nell'esercizio delle loro funzioni, o da queste dipendenti, di cui debbano rispondere: e però è giusto che avvenendo tali fatti, i valori dati in malleveria siano preferibilmente destinati all'impiego ch'è appunto lo scopo della cauzione prestata.

§ 210. — β) *Dei privilegi sopra gli immobili.*

AUBRY et RAU, §§ 262-263; LAURENT, XXX, 1-149; TROPLONG, op. cit.; PONT, op. cit.
C. civ. it., a. 1961-1963; C. c. port., a. 887.

Due sono le cause onde emana la prelazione di determinati crediti sul valore degli immobili del debitore: le spese di giustizia fatte da un creditore nell'interesse di tutti (v. sul principio il § 208), ed il favore accordato allo Stato, alle Provincie ed ai Comuni per la realizzazione dei tributi (v. pure il § cit.). In ordine alla prima, ha privilegio sul valore degli immobili spropriati, il credito per le spese

del giudizio di spropriazione degli immobili e di quello di graduazione fatto nell'interesse comune dei creditori (*C. 1961*). Quanto alla seconda, son privilegiati: 1) i crediti dello Stato, per il tributo fondiario, e delle Provincie e dei Comuni per le sovrimposte provinciali e comunali dell'anno ch'è in corso quando ha luogo un atto pel quale si realizza nei creditori il diritto di comune garanzia sul patrimonio del debitore (nella specie, la trascrizione dell'atto di precetto), e dell'antecedente: il privilegio, ristretto per giusto riguardo agli altri creditori solo alle imposte e sovrimposte di due anni (*), cade sopra gli immobili tutti del contribuente situati nel territorio del comune in cui si riscuote il tributo; e sopra i frutti, i fitti e le pigioni degli stessi immobili, senza pregiudizio dei mezzi speciali di esecuzione autorizzati dalla legge; 2) i crediti dello Stato pei diritti di registro ed ogni altro tributo indiretto sopra gli immobili che ne furono l'oggetto: ma questo privilegio non pregiudica i diritti reali di ogni genere acquistati sul fondo dai terzi prima del trasferimento soggetto alla tassa, e non può neppure farsi valere contro i terzi possessori dell'immobile per supplemento di questa; per quanto poi concerne le tasse di successione, il privilegio non ha effetto a danno dei creditori ipotecari del defunto i quali hanno iscritto la loro ipoteca nei tre mesi dalla morte di lui: e nemmeno a danno dei creditori che hanno esercitato il diritto di separazione del patrimonio del defunto da quello dell'erede (*C. 1962*). Il fondamento comune a coteste limitazioni, è la non efficacia del privilegio di fronte ad altri diritti che sull'immobile fossero già stati acquistati dai terzi, antecedentemente al credito dello Stato.

§ 211. — *Della prelazione fra le diverse cause di privilegio.*

V. fonti cit. nei §§ 208-209.
C. c. it., art. 1959-1960; C. c. fr., a. 2104; C. c. della Rep. Arg., a. 3898-3922.
V. gli altri fonti cit. nel § 207.

L'ordine con la quale questa prelazione segue, è, in osservanza dei principii governanti la materia, stabilita dalla legge, guidata in

(*) È discutibile se il privilegio non competa sino al termine della procedura esecutiva. Cfr. CHIRONI, in *Riv. it. p. le sc. giur.* (1886, p. 2ª, III, § 1).

ciò da tre criteri direttivi: *a*) l'interesse comune dei creditori, rispetto alle spese di giustizia e di esecuzione, od a quelle mercè cui la cosa entrò o venne conservata nel patrimonio del debitore, o venne migliorata; *b*) la prevalenza, di regola, dei privilegi speciali sui generali relativamente ai beni mobili sui quali i primi sono ordinati; *c*) i bisogni della finanza; *d*) motivi prevalenti di umanità. Le norme relative riguardano:

A) i *privilegi sopra i mobili*: dei generali, quello ch'è accordato per le spese di giustizia (*C.* ***1956***, 1°) è preferito a tutti gli speciali (*C.* ***1958***): degli altri (*C.* ***1956***, 2°-4°), pure generali, quello ch'è dato ai crediti per tributi (*C.* ***1957***) è posposto a tutti. Concorrendo poi questi ultimi privilegi generali (*C.* ***1956***, 2°-4°, ***1957***) con privilegi speciali (*C.* ***1958***), essi sono preferiti solo a quelli fra gli speciali concernenti i crediti dei canoni del fondo enfiteutico, delle pigioni e fitti degli immobili, e dei crediti dipendenti da contratto di masseria, mezzadria o colonia (*C.* ***1958***, 2°, 3°, 4°), ma sono posposti a tutti gli altri (*C.* ***1959***). Ove si abbia il concorso di crediti aventi *privilegio speciale* sopra lo stesso o gli stessi mobili, il credito dello Stato è preferito ad ogni altro sui mobili che furono oggetto del tributo per il quale il privilegio è dato (*C.* ***1958***, 1°): i crediti 1) per la raccolta, 2) per la coltivazione, 3) per le sementi, 4) pei canoni del predio enfiteutico sono, giusta l'ordine ora indicato, preferiti sopra i frutti dei fondi concessi in enfiteusi, affittati o dati in colonia, ai crediti del locatore e del colono; i crediti per la conservazione ed il miglioramento dei mobili destinati a fornire la cosa od il fondo sono preferiti ai crediti del locatore e del colono; al privilegio del vetturale è finalmente preferito quello dell'albergatore (*C.* ***1960***);

B) dei *privilegi sopra gli immobili*, è preferito quello attinente al credito per le spese del giudizio di spropriazione e graduazione fatte nell'interesse comune dei creditori;

C) e concorrendo crediti aventi un privilegio generale sui mobili (*C.* ***1956***) con altri crediti chirografari, essi con preferenza su questi ultimi, sono sussidiariamente collocati sul prezzo degli immobili del debitore (*C.* ***1963***).

§ 212. — *Diritti reali di garanzia. Generalità.*

Dei diritti *reali* di garanzia, alcuni, che si potrebbero perciò chiamar tali effettivamente, pongono la cosa su cui cadono in tal rapporto con la persona cui appartengono, da rimanerne in continua dipendenza, qualunque siano le trasmissioni che di essa hanno luogo: altri concedono al soggetto il solo potere sulla cosa, finchè se ne trova in possesso, direttamente o per mezzo di rappresentante, di respingere chiunque la reclami sino a che non sia estinto il credito per il quale la garanzia è data: gli uni, veri diritti reali, *seguono* sempre la cosa, e dànno perciò azione su essa, presso qualunque persona si trovi, gli altri dànno, di regola, al creditore che ha la cosa il solo diritto a *ritenerla;* quelli cadono su una *cosa immobile*, e costituiscono la *ipoteca*, gli altri cadono talvolta sulle cose immobili (*C. 706*) e di regola sulle mobili, e sono rappresentati dal diritto di *ritenzione*, prodotto a sua volta, quando si tratti di cose mobili, da un diritto di *pegno* espressamente o tacitamente conceduto. La potenza del diritto reale quanto ai *mobili*, va intesa qui, come in materia di proprietà, con la grave limitazione derivante dal principio che il possesso val titolo per il terzo possessore di buona fede, rispetto alle cose mobili per loro natura e per i titoli al portatore (*C. 707*).

§ 213. — *Diritto d'ipoteca, e diritto di pegno: caratteri comuni.*

V. fonti cit. nel § 191. AUBRY et RAU, §§ 256, 257, 258; LAURENT, XXX, 173-187; TROPLONG e PONT, op. cit.

D., de pign., et hypoth (XX, 1); *C. de pign., et hypoth.* (VIII, 14).

C. c. it., a. 1964-1968; C. c. fr., a. 2114-2120; C. c. austr., §§ 447-471; C. c. sass., §§ 369-504; C. c. neerl., a. 1208-1223; C. c. port., a. 888-904; Cod. civ. della Rep. Arg., a. 3108-3115; C. c. del Mess., a. 1940-1980; Cons. il Prog. del Cod. civ. germ., §§ 1062-1226.

Nel dichiarare i caratteri comuni dei diritti reali di garanzia, è agevol cosa notare che tutti si collegano allo *scopo* ch'è appunto comune a cotesti diritti (*assicurazione di un credito*), ed alla *natura* loro; l'avere qui specializzato i diritti dei quali si vogliono notare i principii comuni (d. d'ipoteca, d. di pegno), ha il suo fonda-

mento nel considerare che al diritto *reale* di ritenzione di beni immobili qualcheduno di questi principii non può essere applicato: tale è la possibilità giuridica di cedere la garanzia indipendentemente dal credito. I caratteri comuni ai quali s'è accennato sono relativi:

1) all'*essenza* del diritto: che è di *garanzia*, e però il loro contenuto non è di conferire al soggetto potere alcuno di *godimento* della cosa (*C.* ***1878*** loc. *sicurezza*, ***1964*** loc. *assicurare*), sibbene di assicurare il diritto di credito cui si connettono. Cotesto diritto è poi *reale:* come pure si notò per gli altri diritti reali sulla cosa, non dà causa a smembramento del diritto di proprietà, e solo è un *peso* su questa in istretta relazione allo scopo anzidetto: in forza di siffatto potere non rileva che la cosa appartenga o no al debitore, potendo esistere su cosa appartenente ad un terzo (*C.* ***1883***, ***1964***, ***707***);

2) in base a siffatta essenza, il creditore guarentito dall'ipoteca o dal pegno, fatta vendere giudizialmente la cosa, ha il diritto di *prelazione* sul prezzo ricavatone, per il soddisfacimento della obbligazione ch'era assicurata sulla cosa (*C.* ***1958***, 2°-4°, 6°-9°; ***1964***); è da notare tuttavia, come nell'ipoteca questo diritto di *prelazione* rispetto agli altri creditori ipotecari sia dato non più dalla sola essenza del diritto, ma dalla combinazione di esso con la norma «*prior tempore potior iure*»;

3) stando sempre al criterio fondamentale suesposto, il diritto di ipoteca e quello di pegno sono *accessori* d'una *obbligazione valida*, della quale seguono le sorti: se ceduta, spettano al cessionario; se estinta, rimangono estinti, inquantochè, dovendo assicurare il soddisfacimento di una obbligazione, non hanno esistenza se non esiste *una obbligazione* di cui guarentiscano la osservanza. Si dice *una obbligazione*, per segnalare come cotesta accessorietà non tolga che possano guarentire altra obbligazione da quella in occasione della quale vennero costituiti: nel quale concetto si combina, con esattezza il carattere di *diritto di garanzia* con l'altro di *diritto reale:* questo è potere sulla cosa, è però di esistenza a sè, indipendente, ma come diritto di garanzia esiste solo coll'esistenza di un credito al quale si riferisce. Cotesto principio è il fondamento dei due istituti che sono la *cessione della ipoteca:* ed il *suppegno* (v. il § 241 in f.). La garanzia può essere data per un'obbligazione futura;

4) e perchè la *garanzia* intende ad assicurare l'esecuzione dell'*intera* obbligazione con *tutta* la cosa, perciò il diritto di ipoteca e di pegno hanno carattere di *indivisibile*. L'ipoteca sussiste per intero sopra *tutti* i beni vincolati, anche se il credito sia stato estinto parzialmente; e se più immobili furono ipotecati per lo stesso credito, o ne venne fatta la divisione, ciascheduno di essi nel primo caso, e ciascheduna parte nell'altro, assicurano il credito per la sua totalità (*C.* ***1964***: *hypotheca est tota in toto, et tota in qualibet parte*); e la divisione del *debito* fra più eredi del debitore originario, non impedisce il creditore di far valere la sua ipoteca per il debito intero sullo stabile ipotecato, anche se questo facesse parte della quota spettata ad uno solo fra gli eredi, salva all'espropriato l'azione di regresso (*C.* ***1029***). Anche il *pegno* è indivisibile, non ostante la divisibilità di ciò che è dovuto fra gli eredi del debitore o fra quelli del creditore: e però, l'erede del debitore che ha pagato la sua parte del debito, non può domandare la restituzione della sua parte del pegno sino a che non sia interamente soddisfatto il debito, e vicendevolmente, l'erede del creditore che ha esatto la sua parte del credito, non può restituire il pegno in pregiudizio dei suoi coeredi non ancora soddisfatti (*C.* ***1889***);

5) la garanzia comprende il credito con tutti gli accessorî, ossia il capitale, gli interessi e le spese (*C.* ***1888, 2010***): salva la contraria disposizione del titolo costitutivo, e le norme speciali alla ipoteca concernenti la iscrizione (*C.* ***2010***).

§ 214. — I. *Della ipoteca. Generalità.*

V. fonti cit. nel § precedente.
Cod. civ. it., art. 1964-1968; C. c. fr., a. 2114-2120; Cod. civ. austr., §§ 447-471; C. c. sass., §§ 369-504; C. c. neerl., a. 1208-1223; C. c. port., a. 888-904; C. c. della Rep. Arg., a. 3108-3115. V. su questa materia, Cod. c. del Mess., a. 1240-1280; C. c. dell'Ur., art. 2278-2301; Cod. civ. del Guat., art. 2018-2042; Cod. civ. del Chilì, art. 2407-2434.
V. Legge pruss. 5 maggio 1872.

L'ipoteca è un diritto reale (e però inerente ai beni, che segue presso qualunque possessore) costituito sopra un immobile del debitore o di un terzo a vantaggio del creditore, per assicurare il soddisfacimento della obbligazione (per il che è indivisibile,

C. ***1964***) : nella qual nozione sono contenuti i caratteri tutti dell'istituto (v. il § 213). La *esistenza* dell'ipoteca risulta dal concorso di due ordini di requisiti: gli uni costituiscono per sè il rapporto diretto, assoluto, fra la persona e la cosa allo scopo della garanzia che questa deve prestarle, gli altri concernono l'interesse delle parti e più il generale; al primo dei due ordini appartengono i requisiti: 1) del *debito* da assicurare, e 2) dell'*oggetto* vincolato alla garanzia; al secondo, i requisiti, 3) della *specialità* e 4) della *pubblicità* delle ipoteche.

§ 215 — 1) Del *debito;* 2) dell'*oggetto.*

V. fonti cit. nel § 208.
Aubry et Rau, § 259; Laurent, XXX, 192-213.
D. quae r. pignori v. hyp., datae oblig. non poss. (xx, 3); *C., q. res pign. obl. poss.* (viii, 17). V. fonti leg. cit. nel § 213.

1) Della necessità ch'esista una obbligazione valida (è esclusa perciò la obbligazione *naturale* limitata negli effetti ad un caso speciale *C.* ***1237***) di cui l'ipoteca è destinata ad assicurare il soddisfacimento, venne detto a suo luogo (v. § 213) : altre norme speciali saranno poste in rilievo, nel dire della diversa causa onde l'ipoteca può essere costituita.

2) Quanto all'*oggetto*, la legge ha statuito che l'ipoteca possa essere stabilita solo sui beni *immobili*, e di questi ha tassativamente stabilito quali ne siano capaci: si può dare come regola che lo siano solo i *diritti reali immobiliari di godimento*, e non tutti. I mobili non sono oggetti d'ipoteca, giusta il principio « *mobilia sequelam non habent* »; non data contro il terzo possessore l'azione diretta a riaverla (*C.* ***707***), il diritto reale ipotecario su essi non poteva dirsi completo, mancando di sua principal sicurezza.

I beni *immobili* sui quali validamente può essere stabilita l'ipoteca, sono quelli in commercio, perchè altrimenti non presterebbero al creditore il vantaggio dovuto, ch'è il soddisfare il suo diritto di credito sul *prezzo della loro vendita:* i presenti, e non i *futuri*, non essendo questa parte del patrimonio di chi li vincola (v. tuttavia in seguito, B). Dicendo *immobili* s'intende: 1) di quelli che sono tali per *natura loro*, perchè quelli che sono reputati tali per accedere ad essi, non possono essere ipotecati separatamente dal fondo cui accedono, mancando di esistenza propria, indipendente dalla cosa prin-

cipale: sebbene, argomentando da cotesto principio, possano essere ipotecati con la cosa della quale sono un accessorio (*C.* ***1967***, 1°: coi loro accessorî); e dove ciò avvenisse, quando poi fossero separati dalla cosa a fine di farne cessare la destinazione, e però la immobilizzazione, il creditore ipotecario che non vi avesse acconsentito potrebbe agire per il ricupero. Si hanno poi (immobili per l'oggetto cui si riferiscono), come beni suscettibili d'ipoteca; 2) il diritto di usufrutto di beni immobili coi loro accessorî, e oggetto della ipoteca non è la *cosa* su cui l'usufrutto cade, ma l'usufrutto stesso; è tuttavia escluso l'usufrutto legale degli ascendenti, non potendo essere alienato; 3) la nuda proprietà spettante al proprietario sull'immobile dato in usufrutto; 4) il diritto, spettante sul fondo enfiteutico all'enfiteuta, e, 5) quello che spetta al concedente. Finalmente, vi ha una categoria di beni, che, mobili di regola, sono in in qualche caso considerati dalla legge come immobili, e però capaci di ipoteca; tali, 6) le rendite sullo Stato, che possono essere ipotecate nel modo determinato dalle leggi sul debito pubblico. Le servitù prediali non si possono ipotecare separatamente dal fondo, non essendo così alienabili; e neppure è ipotecabile il diritto di superficie, perchè non contenuto nella enumerazione fatta dalla legge.

A) L'*ipoteca*, stabilita che sia, si può *estendere* in vantaggio della obbligazione guarentita, e sull'immobile che le è sottoposto, a quanto è accessorio dell'una e dell'altro: estensione che avviene necessariamente (salvo, rispetto alla obbligazione, la riserva già espressa, § 213 in f.), coll'unirsi dell'elemento accessorio al principale. Dal che deriva, che l'ipoteca si estende a tutti i miglioramenti ed anche alle costruzioni ed altri accessorî dell'immobile ipotecato (*C.* ***1966***).

B) Si può in un solo caso (ipoteca giudiziale) stabilire la ipoteca su tutti gli immobili del debitore, o di un terzo, e non solo sui presenti, ma anche su i futuri. Questa ipoteca si potrebbe chiamare *generale*, tenendo al *solo* riflesso della estensione sua, e non ad una forma che possa abbracciare complessivamente gli immobili del debitore: tant'è, che anche in questo caso i principii della specialità e della pubblicità hanno tutto vigore (*C.* ***1986***).

§ 216. — 3) *Specialità*, e 4) *Pubblicità*.

V. fonti cit. nei §§ 213-215.

Sono questi due requisiti i due salienti caratteri onde il sistema ipotecario odierno differisce dall'antico; in questo l'ipoteca poteva essere consentita *generalmente*, ossia col mezzo di tal forma per cui tutti gli immobili presenti e futuri del gravato vi fossero soggetti, e rimaneva occulta. Due criteri fondamentali manifestamente contrarii all'interesse generale, perchè non lasciavano modo di giudicare con facilità di quanto fosse effettivamente onerato il patrimonio del costituente la ipoteca; tanto più, che, per abbondare di garanzie, era invalso l'uso di assicurarsi con ipoteche generali che il debitore si trovava costretto a concedere; e cotesto cumulo d'ipoteche generali, se poneva il debitore nella posizione più difficile col limitargli la estensione del diritto di proprietà quanto a tutti i suoi stabili, recava danno assai ai creditori stessi con la difficoltà gravissima cui dava luogo il giudizio di graduazione; nè l'interesse generale da siffatta immobilizzazione, perchè estesa quant'era possibile, poteva certo trarre vantaggio. A togliere questi inconvenienti, dei quali gravemente si risentiva lo stesso credito, il quale non poteva aver più sui *fondi* la garanzia necessaria, si stabilirono (sebbene la materia sia lungi dall'essere perfettamente disciplinata in relazione alle esigenze del credito) i due requisiti della *specialità*, ch'è necessità di *determinare* l'ammontare del credito, e l'immobile sul quale pesa l'ipoteca per sicurtà di esso: e della *pubblicità*, per la quale, con l'adempimento di formalità opportune, vien reso pubblico lo stato ipotecario di un fondo. Con questi mezzi, chiunque può facilmente conoscere lo stato ipotecario degli immobili spettanti ad una persona, e misurare la loro capacità quanto ad assicurare ulteriori crediti; vantaggio che rimane intatto, anche quando fossero ipotecati per un credito tutti gli immobili del debitore, ma in modo *speciale*. E però, l'ipoteca non ha effetto se non è resa pubblica, e non può sussistere che sopra beni specialmente indicati, e per somma determinata in danaro (*C.* ***1965***).

§ 217. — *Come il diritto d'ipoteca abbia nascita.*

Il diritto d'ipoteca ha nascita per opera: 1) della *legge*, 2) di sentenza resa dal giudice, 3) di disposizione privata: a queste tre cause risponde la distinzione della ipoteca in *legale*, *giudiziale*, *convenzionale* (***C. 1968***).

§ 218. — *Della ipoteca legale.*

Aubry et Rau, §§ 264-266; Laurent, XXX, 241-422; Troplong; Pont, op. cit.
Cons. *D. in quib. caus. pign. v. hyp. tacite contr.* (xx, 2); *C. in q. mod. pign. v. hyp. tac. contr.* (viii, 14).
Cod. civ. it., a. 1969; V. Cod. fr., a. 2121-2122; C. c. port. a. 905-909; Cod. c. del Guat., a. 2050-2063.

È detta *ipoteca legale* quella ch'è accordata dalla legge a *determinate persone* sugli immobili in genere (presenti) del debitore, oppure su immobili determinati: nel primo caso, l'ipoteca legale renderebbe quasi figura d'un privilegio accordato alla *persona*, e nel secondo, d'un privilegio in favore della persona, e del suo credito nato in occasione dell'immobile sul quale la garanzia è conceduta: pure, in entrambi i casi si è lontani dal concetto di un *vero privilegio*, ch'è essenzialmente distinto dalla ipoteca, sebbene, per il favore speciale accordato dalla legge, sia da applicar qui un principio dato in ordine a quello, avendo le ipoteche legali esistenza *nei soli casi* indicati nella legge. Alla prima parte della distinzione proposta, si connettono:

1) la ipoteca spettante al *minore* ed all'*interdetto* (non al minore emancipato, ed all'inabilitato) sui beni del *tutore* (non d'altre persone) il quale non sia dispensato dal dare cauzione, o non preferisca altro modo di darla; questi beni sono indicati dal consiglio di famiglia, sia prima dell'esercizio che in progresso della tutela (purchè concorra in tal caso l'omologazione del tribunale): possono essere indicati tutti quelli che il tutore ha, oppure *sin da principio* può essere l'ipoteca *ristretta* (restrizione della ipoteca) ad alcuni di essi, o ridotta in seguito durante la tutela, oppure anche estesa ad altri non designati in principio (***C. 1969***, 3°: ***292, 293***). L'ipoteca legale è data a fine di rendere completa la difesa degli interessi del minore, o dell'interdetto, incapaci di

provvedere da sè alle cose proprie: e per qualunque *credito* abbiano contro il tutore in dipendenza dell'esercizio delle sue funzioni;

2) la ipoteca spettante alla *moglie* sui beni del marito in garanzia della dote portata al marito amministratore (*C.* ***1388 1399***), e dei lucri nuziali stipulati nel contratto di matrimonio (*C.* ***1398***): il favore ha causa non solo nella necessità di provvedere alla donna quella sicurezza che essa non potrebbe chiedere senza forse compromettere la riuscita del matrimonio e la pace domestica, e nella *causa dotale;* sia perchè la dote ha una destinazione speciale, sia perchè sarebbe ingiusto attribuire al marito un ampio potere di amministrazione sui beni dotali senza vincolarne i beni in garanzia. Quando questa ipoteca non fosse nel contratto di matrimonio limitata a beni determinati (si avrebbe in questo secondo caso la *restrizione* della ipoteca, perchè sin da principio cadrebbe su alcuni immobili determinati), ha luogo su tutti quelli che il marito possiede al momento in cui la dote è costituita; nè rileva se il pagamento di essa debba avvenire posteriormente, perchè la *costituzione* di dote onde l'ipoteca ha causa, esiste di già, e con essa il diritto del marito a che sia effettuata. Ma se le somme dotali provenissero da successione o donazione, l'ipoteca avrebbe luogo sui beni che il marito possedesse nel giorno in cui quelle si acquistano alla dote: ossia dal giorno dell'apertura della successione, oppure da quello nel quale la donazione ha avuto il suo effetto (*C.* ***1969***, 4°). Questa ipoteca assicura il soddisfacimento delle obbligazioni che il marito ha in dipendenza della dote (e però l'indennità da lui dovuta per averla deteriorata, ecc.) e dei lucri nuziali per cui siasi obbligato verso la moglie nel contratto di matrimonio;

3) lo Stato sopra i beni dei condannati, per la riscossione delle spese di giustizia in materia criminale, correzionale e di polizia, compresivi i diritti dovuti ai funzionari ed ufficiali giudiziari: questa garanzia giova pure alle parti civili per il risarcimento dei danni aggiudicati nella sentenza di condanna: ma alle spese di giustizia ed al risarcimento dei danni è data preferenza a quella di difesa, affinchè questo diritto, così sacro, del giudicabile, non soffra ostacolo veruno (*C.* ***1969,*** 5°). Siffatta ipoteca, coerentemente al principio che può esser tolta per debiti futuri, può essere inscritta prima della

condanna *in seguito al mandato di cattura*, a fine di assicurare i diritti eventuali della difesa dello Stato, e della parte lesa, e proteggerli efficacemente contro qualunque atto sia diretto ad eluderli.

Alla seconda parte attengono:

1) l'ipoteca legale del *venditore* od altro alienante sopra gli *immobili alienati* per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'atto di alienazione (*C.* ***1969***, 1°);

2) l'ipoteca legale dei *coeredi*, dei *soci* ed *altri condividenti* sopra gli *immobili caduti nella eredità, società o comunione* per il pagamento dei rifacimenti e conguagli (*C.* ***1969***. 2°), ciò in vista della eguaglianza che il diritto dei condividenti ha nella entità sua.

§ 219. — II. *Della ipoteca giudiziale.*

AUBRY et RAU, § 265; TROPLONG op. cit.; PONT, op. cit.
Cod. c. it., a. 1970-1973; C. c. fr., a. 2123.
V. fonti cit. nei §§ 213, 214.

Accertata la *obbligazione* dalla sentenza del giudice, parve alla legge meritevole di una garanzia che ne assicurasse il soddisfacimento, e però l'*ipoteca giudiziale:* preferenza del resto poco fondata, e della quale si ha solo un motivo soddisfacente nella storia; imperocchè, posto come consuetudine che l'atto notarile accertante il debito producesse per sè la ipoteca a vantaggio del creditore, parve giusto accordare eguale trattamento ad un atto ben più importante, che è la sentenza del giudice. Produce ipoteca sui beni *presenti* e *futuri* del debitore, ed a favore di chi l'ha ottenuta, ogni sentenza portante condanna (diversamente mancherebbe il requisito del *debito*) al pagamento di una somma, alla consegna di cose mobili, od all'adempimento di un'altra obbligazione la quale possa risolversi nel risarcimento dei danni, p. es., al rendimento di conti: perchè è certa sin da tal momento la esistenza della obbligazione, e però la necessità di applicare il principio fondamentale dell'istituto, e guarentire il debito che potrà risultarne (*C.* ***1970***). La sentenza che produce cotesto effetto è la *decisione* resa dal giudice, qualunque ne sia la giurisdizione (p. es. sentenza penale che condanna al risarcimento dei danni, tuttochè la p. civile possa valersi della legale spettante allo Stato (v. § 217, 3°), in qualunque

grado sia resa, e sia *definitiva* quanto alla condanna che pronuncia. È fatta eccezione per i beni d'una eredità giacente, od accettata con beneficio d'inventario, perchè siano tenute uguali le ragioni dei diversi creditori (*C. 1971*).

La sentenza di condanna ha tale efficacia dal giorno nel quale è resa: tuttavia, le sentenze degli arbitri non essendo esecutive se non mercè uno speciale provvedimento dell'autorità competente, non l'hanno se non dal giorno in cui lo diventano (*C. 1972*): e le sentenze pronunciate dalle autorità giudiziarie straniere producono ipoteca sui beni situati nel territorio nazionale, *solo* quando ne sia stata ordinata l'esecuzione delle autorità giudiziarie del regno, in seguito a giudizio di delibazione (*C. disp. pr. 10*): salve tuttavia le disposizioni contrarie delle convenzioni internazionali, che, per natura loro, debbono di preferenza regolare la materia (*C. 1973*).

§ 220. — *Della ipoteca convenzionale (volontaria).*

AUBRY et RAU, § 216; LAURENT, XXX, 423-540; TROPLONG, PONT, op. cit.
Cod. civ. it., a. 1974-1980; C. c. fr., a. 2124-2131; C. c. neerl. a. cit.; C. c. port., a. 910-937; C. c. della Rep. Arg., a. 3118-3127; C. c. del Mess., a. 1981-1992; C. c. dell'Ur., a. 2278-2289; Cod. c. del Guat., art. 2044-2047; C. c. del Chili, art. 2407-2431.

La legge chiama *convenzionale* la ipoteca costituita dal debitore, o da un terzo, in garanzia del soddisfacimento della obbligazione: ma la locuzione adoperata si restringerebbe all'ipotesi di una *convenzione*, d'un accordo di volontà fra il creditore ed il costituente la ipoteca, e ciò non sarebbe conforme ai principii. Perciò, è meglio dire ch'è *volontaria* la *ipoteca* stabilita dal debitore o da un terzo anche mediante atto unilaterale: e giustamente, perchè l'imporre un peso sul proprio fondo è atto dipendente dal potere di disposizione; per cotesto carattere, le due cause d'ipoteca cui si è già accennato, possono toglier nome di *ipoteche necessarie*.

In base al criterio or esposto, l'ipoteca volontaria può essere costituita quando concorrano i seguenti requisiti:

1) *quanto alla persona del costituente:* è necessario che sia proprietario della cosa, mancandogli in caso contrario, il potere di disposizione che abilita a costituire un onere su di essa; mancando il consenso del proprietario, la ipoteca costituita sulle cose altrui

è meglio che annullabile, *inesistente*. Coloro che avessero sull'immobile un diritto sospeso da una condizione, o risolvibile in casi determinati, o dipendente da titolo annullabile non possono costituire che un'ipoteca soggetta alle medesime eventualità, non potendo uno trasferire diritti sulla cosa maggiori di quanto egli abbia: è fatta eccezione per i casi in cui è detto espressamente che la risoluzione o la rescissione non è operativa a danno dei terzi (*C.* ***1976***). È poi necessario che il proprietario abbia *la capacità di alienare un immobile,* perchè con la concessione della ipoteca è limitata la estensione del diritto di proprietà (*C.* ***1974***): così è che i beni immobili dei minori, anche se emancipati, degli interdetti, degli inabilitati, degli assenti, della donna maritata non si possono ipotecare fuorchè per le cause e nelle forme stabilite dalla legge (*C.* ***1975***. V. *C.* ***296***, ***319***, ***329***, ***339***, ***29***, ***134***);

2) *quanto ai beni:* non si può costituire sui beni futuri: sia per il riflesso già esposto, sia perchè non si potrebbe adempiere a loro riguardo alla condizione della *specialità* ch'è di essenza della ipoteca (*C.* ***1977***). Che se i beni vincolati, in seguito, perissero o si *deteriorassero* in modo da essere divenuti insufficienti alla sicurezza del creditore, questi (mancando altrimenti la garanzia che è contenuto della ipoteca) ha diritto ad un supplemento d'ipoteca, *ed in mancanza* al pagamento del suo credito (*C.* ***1980***): nel quale ultimo caso, il debitore è nella stessa posizione in cui si troverebbe se *per fatto proprio* avesse diminuite le cautele date nel contratto (*C.* ***1176***). L'esercizio del godimento spettante al proprietario, regolarmente tenuto, non è *deterioramento*;

3) *quanto alla forma:* per l'importanza dell'atto, la legge volle che la certezza, la serietà della volontà risultasse da atto pubblico, o da scrittura privata (*C.* ***1978***), la quale abbisogna a sua volta d'altra formalità per la iscrizione;

4) *quanto alla specialità:* questa in ordine al credito, vuole che sia *determinato* nell'atto costitutivo della ipoteca (*C.* ***1965***): e in ordine all'immobile sottoposto ad ipoteca, vuole che sia specificatamente designato coll'indicazione della sua *natura,* del *comune in cui si trova*, del *numero del catasto* o delle *mappe censuarie* (dove esistono), e *di tre almeno dei suoi confini* (*C.* ***1979***). Così è reso noto il *quanto* e il *come* (in quali stabili) sia onerato il patrimonio del debitore o del terzo che ha conceduto la ipoteca.

§ 221. — *Della pubblicità delle ipoteche. Iscrizione.*

AUBRY et RAU, §§ 267-278; LAURENT, XXX, 162-219; XXXI, 1-104; TROPLONG, PONT, op. cit.

C. c. it., a. 1981-2000; C. c. fr., 2134-2158; C. c. neerl., a. 1224-1238; C. c. port., a. 949-1004; C. c. della Rep. Arg., art. 3128-3156; C. c. del Mess., a. 2016-1042; Cod. c. dell'Ur., a. 2290-2291; C. c. del Guat., a. 2064-2124; C. c. del Chilì, a. 2432-2433.

L'ipoteca (qualunque sia) non esiste se non è resa pubblica, essendo la *pubblicità* requisito essenziale suo voluto dall'interesse generale: e però, come sarà detto in seguito, dal momento nel quale, mediante il concorso di tal condizione, è data esistenza al diritto ipotecario, se ne avverano gli effetti rispetto ai creditori in genere ed agli ipotecari, con la prelazione nell'un caso, col *rango* nell'altro; l'iscrizione è di essenza della ipoteca che senza essa non esiste, e però non molto esattamente è considerata come atto *conservativo* rispetto alla causa onde l'ipoteca trae origine: il quale riflesso tuttavia non toglie che, considerati separatamente i due atti, la iscrizione non contenga cotesto carattere. L'ipoteca è resa pubblica mediante la *iscrizione* fattane presso l'uffizio delle ipoteche *del luogo in cui si trovano i beni gravati* (*C.* ***1981***): stabilita la circoscrizione dei diversi uffizii ipotecari, i registri che vi si conservano dichiarano qual sia lo stato dell'immobile quanto ai pesi ipotecari; e s'intende come ipotecati per lo stesso debito più fondi posti in circoscrizioni diverse, presso ciaschedun uffizio debba farsi la iscrizione *relativa all'immobile* compreso in ognuna di esse.

Il *termine* utile per eseguire la iscrizione della ipoteca ha principio appena esista la causa di sua costituzione (v. tuttavia rispetto alla ipoteca giudiziale il § 223), e dura finchè non si avveri una delle cause che ne producono la estinzione. Questa la regola: perchè possono avvenire altri fatti onde è resa impossibile la iscrizione, e tali sono, *a*) la *trascrizione* dell'atto di alienazione fatta dal costituente la ipoteca ad un terzo (*C.* ***1942***, 2°), perchè dichiarata e resa efficace rimpetto ai terzi, la proprietà dell'acquirente, la ipoteca costituita dall'alienante ma non ancora iscritta, se iscritta dopo, lo sarebbe su fondo altrui; è tuttavia fatta eccezione per la ipoteca legale del venditore (v. il § seg., C); *b*) lo stato di fallimento: la validità e

la efficacia delle ipoteche e delle iscrizioni sui beni di un debitore fallito sono regolati dalle leggi commerciali (*C. 1993*). Queste due cause impediscono la iscrizione, ma non la rinnovazione della iscrizione già esistente, perchè questa non *stabilisce* un peso e si riferisce ad iscrizione già tolta anteriormente all'avvenimento dei due fatti accennati. Infine, vi ha quanto al termine alcune disposizioni speciali all'ipoteche legali (v. il § 222).

Rispetto al modo con che si compie la *iscrizione*, ch'è la formalità con la quale vien data pubblicità all'ipoteca stabilita sopra un determinato o determinati immobili, vanno studiate anzi tutto le norme relative alle diverse cause onde ha origine la ipoteca, e poi le regole comuni: si dirà in ultimo della surrogazione, della cessione e del pegno.

§ 222. — Cont. 1) *Iscrizione dell'ipoteca legale.*

V. fonti cit. nel § precedente.

La legge, conciliando il principio della pubblicità dell'ipoteca col favore ch'è fondamento dei diversi casi d'ipoteca legale, volle dare rispetto ad alcuni di essi le norme necessarie purchè la iscrizione segua, e la ipoteca abbia esistenza. Così:

A) a proteggere gli interessi della moglie, che con la sola attribuzione dell'ipoteca legale sarebbero tutelati assai incompletamente, la ipoteca che le spetta dev'essere a cura del marito, o del notaio che ha ricevuto l'atto di costituzione di dote, inscritta nel termine di *venti giorni* dalla data dell'atto (sebbene in ogni caso questa iscrizione possa essere richiesta da chi costituì la dote, ed anche dalla moglie *senza bisogno di autorizzazione*, e ciò per il fondamento stesso della ipoteca in esame, e per il carattere conservativo dell'atto): perciò, quando l'ipoteca non fosse ristretta nel contratto a determinati beni, è obbligo del notaio di far dichiarare al marito la situazione di quelli da lui posseduti, con tutte le indicazioni (*C. 1979*) opportune a determinarli (*C.1982*);

B) la protezione verso i minori e gli interdetti, spiega come la iscrizione della ipoteca legale spettante ad essi, oltre a *poter* essere richiesta dal minore o dall'interdetto senza bisogno di assistenza o di autorizzazione, ed anche dai loro parenti, *debba esserlo* dal

tutore, dal protutore, e dal cancelliere che ha assistito alla deliberazione del consiglio di famiglia ; queste persone debbono provvedere a che sia inscritta la ipoteca entro venti giorni dalla data di questa deliberazione (*C. 292, 293*) indicante i beni che vi sono sottoposti (*C. 1983*).

Nei due casi ora indicati, se le persone cui è fatto obbligo di prendere la iscrizione della ipoteca legale non vi soddisfacciano nel termine stabilito, vanno incontro a grave responsabilità: e cioè il risarcimento dei danni, ed una multa estensibile a mille lire; il tutore ed il protutore possono per giunta essere rimossi dal loro ufficio. A rendere meglio efficaci coteste disposizioni, è dato incarico al procuratore del re di vegliare alla loro esecuzione, sia col promovere *quando ne sia il caso*, l'applicazione delle pene stabilite, ed anche col richiedere, ove d'uopo, l'iscrizione delle ipoteche anzidette (*C. 1984*).

C) A tutela del venditore dell'immobile cui sia dovuto dal compratore il prezzo della cosa, e perchè non gli venga danno da alienazione successiva di cui il secondo acquirente curi la trascrizione prima che sia inscritta la ipoteca del venditore antecedente, è fatto obbligo al conservatore delle ipoteche di iscrivere di *ufficio* e *sotto pena dei danni* l'ipoteca legale spettante all'alienante (*C. 1969*, 1°), *nel trascrivere l'atto di alienazione* da lui fatta. Finchè questo atto non sia presentato per la trascrizione, le trascrizioni degli atti di alienazione successivamente compiuti non impediscono che l'iscrizione della ipoteca del primo alienante sia validamente effettuata.

§ 223. — 2) *Iscrizione dell'ipoteca giudiziale.*

La ipoteca giudiziale può comprendere non solo i beni *presenti* (*C. 1986, pr.*) del debitore, ma anche i *futuri*, onde il bisogno di conciliare questa disposizione col principio della *specialità* dal quale è necessariamente derivata la esclusione dei beni futuri come capaci d'ipoteca. La eccezione ha il suo fondamento in ciò, che servendo i beni, anche se futuri, all'esecuzione della condanna portata nella sentenza, era giusto concedere pure su di essi quella prelazione di cui alla legge parve il giudicato meritevole: e siccome

questi beni presentano siffatta utilità man mano ch'entrano effettivamente nel patrimonio del debitore, così il valore del giudicato quanto alla ipoteca si manifesta in tal tempo su di essi: e potendosi, data la circostanza del loro acquisto, inscrivere la ipoteca sui beni che il debitore acquista posteriormente alla condanna, perciò, in omaggio al criterio della specialità, la iscrizione non può togliersi se non a misura che essi gli pervengono (*C.* ***1986***).

§ 224. — 3) *Iscrizione dell'ipoteca volontaria.*

V. fonti cit. nel § precedente.

Ad accertare la volontà seria del costituente la ipoteca, è, richiesta la formalità dell'atto pubblico o della scrittura privata per il titolo costitutivo di essa: ma, affinchè non possa cader dubbio sulla verità delle firme, e cioè a maggior garanzia di verità, quando l'ipoteca deriva da un atto privato, l'iscrizione non può esserne fatta se la sottoscrizione di chi l'ha acconsentita non è *autenticata* dal *notaio*, od *accertata giudizialmente* (*C.* ***1989***). Quando l'atto costitutivo fosse seguìto in paese estero, è necessario ch'esso sia debitamente legalizzato (*C.* ***1990***).

§ 225. — *Formalità necessarie ad ottenere la iscrizione.*

V. fonti cit. nel § precedente.

Onde ottenere la iscrizione della ipoteca è necessario presentare all'ufficio competente:

1) *il titolo costitutivo della ipoteca*, perchè ne sia dimostrata la causa onde emana. Se questo titolo fosse una scrittura privata, deve esserne presentato l'originale, coi documenti necessari (quando occorra), e l'uno e gli altri rimangono depositati nell'ufficio delle ipoteche; se poi l'originale si trovasse depositato presso un pubblico archivio o negli atti di un notaio, basta la presentazione d'una copia autenticata dall'archivista o dal notaio, da cui risulti che la scrittura ha i requisiti necessari a che sia fatta la iscrizione della ipoteca (v. § 221 ; *C.* ***1989*** al. 1, 2). Qualora poi la ipoteca derivasse da un atto pubblico ricevuto nel regno, o da una sentenza pronunziata da un'autorità giudiziaria del regno, non è necessario per do-

mandare la iscrizione che sia pagata la tassa di registro a cui è soggetto il titolo: ogni ritardo, per quanto breve, potrebbe cagionare al creditore danni rilevanti. Per conseguenza, non potendosi presentare il titolo, non n'è necessaria la esibizione: ma le *note* (v. il pres. §, 2°) che si presentano per l'iscrizione, devono essere certificati dal notaio che ha ricevuto l'atto, o dal cancelliere dell'autorità giudiziaria che ha pronunziata la sentenza; e per giunta, il richiedente deve presentare una terza nota che il conservatore delle ipoteche deve vidimare e trasmettere immediatamente all'ufficio incaricato della riscossione (*C.* ***1991, 1946*** in f.);

2° *due note,* una delle quali può essere stesa in calce allo stesso titolo. Esse debbono contenere le indicazioni seguenti:

a) perchè le parti siano determinate con tutta esattezza: 1° il nome, il cognome, il domicilio o la residenza del creditore e del debitore, e la loro professione se ne hanno, come pure il nome del padre loro (*C.* ***1987***, 1°): le iscrizioni sopra i beni di un defunto possono essere fatte con la semplice indicazione della sua persona, e nel modo ch'è necessario per le altre iscrizioni, senza obbligo di far menzione degli eredi; a meno che al tempo della iscrizione gli immobili ipotecati non appariscano da *tre mesi* (arg. *C.* ***952***, ***959*** e segg.) nei registri censuari passati agli eredi od altri aventi causa, perchè in tal caso la iscrizione va presa pure contro di essi (*C.* ***1996***). La indicazione del domicilio o della residenza è anche ordinata perchè potrebbero aver luogo atti che vi debbono esser fatti (p. es. il pagamento di un creditore di rango posteriore il quale volesse pagare il creditore di rango anteriore per subentrargli, *C.* ***1249*** in f.); per questo secondo scopo (v. in appresso, B) è pure richiesta l'indicazione, 2° del domicilio *che sarà eletto* per parte del creditore nella giurisdizione del tribunale da cui dipende l'ufficio delle ipoteche (onde notificarvi gli atti per la purgazione dell'immobile, ecc., v. il § pres., A); tuttavia, è in facoltà del creditore, del suo mandatario e del suo erede od avente causa di variare il domicilio eletto nella iscrizione, sostituendovene un altro *nella stessa giurisdizione:* la dichiarazione del creditore in proposito, deve risultare da atto ricevuto od autenticato da notaio, e rimanere in deposito nell'uffizio del conservatore, il quale deve annotare il cangiamento avvenuto in margine o in calce della iscrizione (*C.* ***1995***);

b) per la certezza del titolo costitutivo: 3° la data e la natura del titolo, ed il nome del pubblico uffiziale che lo ha ricevuto ed autenticato ;

c) per la specialità del credito, e degli accessorî cui l'ipoteca può estendersi: 4° l'importare del debito, e 5° gli interessi e le annualità che il credito produce. L'iscrizione non può farsi se non per la somma di denaro determinata a tale effetto nell'atto costitutivo o dichiarativo del credito od in un atto posteriore: od in mancanza, nella nota per l'iscrizione (*C. 1992*) ; in caso di conflitto fra la nota ed il titolo, l'iscrizione non ha effetto che per la somma enunciata nella nota, ancorchè si giustifichi con l'atto constatante il debito, che la somma dovuta è maggiore della enunciata, perchè è dalla nota che apparisce ai terzi lo stato ipotecario dei beni, e l'estensione del peso per il quale sono gravati. Che se invece la somma enunciata fosse maggiore di quella ch'è naturalmente dovuta, l'iscrizione ha effetto per quest'ultima somma, giacchè l'ipoteca, come elemento accessorio di garanzia, non può avere maggiore entità di quella che realmente ha il principale (*C. 1997*) ;

d) perchè sia determinato e noto il tempo nel quale il creditore potrà agire: 6° il tempo dell'esigibilità del credito, e degli accessorî quando guarentiti dalla ipoteca;

e) per la specialità dei beni gravati: 7° la natura e la situazione dei beni gravati, colle indicazioni (*C. 1979*) necessarie all'uopo (*C. 1987*).

L'ommissione o l'inesattezza di alcuna delle volute indicazioni nel titolo costitutivo dell'ipoteca o nelle due note, producono la nullità della iscrizione solo quando esse diano luogo a quelle incertezze di cui si volle allontanare il pericolo: e però, quando inducano *assoluta* incertezza sulla persona del creditore o del debitore, o su quella del possessore del fondo gravato, quando ne sia necessaria la indicazione, o sulla identità dei singoli beni gravati, o sull'importare del credito. Se altre fossero le omissioni o le inesattezze, non derivandone la nullità della iscrizione, potrebbe esserne ordinata la rettificazione a instanza della parte interessata, ed a sue spese perchè è suo il vantaggio (*C. 1998*): la mancanza poi dell'elezione di domicilio produce affetti speciali (v. in appresso, B).

A) Il conservatore, eseguita l'iscrizione, restituisce al richie-

dente i documenti (eccettuato un caso speciale, v. il § pres., 1), ed una delle due note, la quale deve contenere in calce il certificato da lui sottoscritto dell'effettuata iscrizione, *con la data ed il numero d'ordine della medesima* (*C. **1988***): le spese dell'iscrizione sono, salvo patto in contrario, a carico del debitore, perchè la sua obbligazione ha dato causa all'atto (*C. **2000***).

B) Le azioni alle quali le iscrizioni possono dar luogo contro i creditori, sono promosse avanti l'autorità giudiziaria competente, (e cioè del luogo ove l'immobile è situato perchè l'azione è reale) per mezzo di citazione da farsi ad essi in persona propria o nell'*ultimo* (cons. il pres. §, 2° *a*) *loro domicilio eletto:* lo stesso ha luogo per ogni altra notificazione relativa alle dette iscrizioni; se poi non fosse fatta l'elezione di domicilio, oppure fosse morta la persona o cessato l'uffizio presso cui il domicilio erasi eletto, le citazioni e le notificazioni suddette possono farsi all'uffizio delle ipoteche presso cui l'iscrizione fu presa. Nel caso di giudizio promosso dal debitore contro il suo creditore per la *riduzione* della ipoteca, o per la *cancellazione totale o parziale della iscrizione*, il creditore deve essere citato nei modi ordinari stabiliti dal Codice di procedura civile (*C. **1999***): in questi casi l'azione è meramente personale.

§ 226. — *Iscrizione rispetto alla cessione, surrogazione o pegno del credito ipotecario.*

V. fonti cit. nel § precedente.

Il credito guarentito dalla ipoteca può essere ceduto, o dato in pegno; può anche avvenire una surrogazione legale o convenzionale della persona cui appartiene: in questi tre casi la garanzia ipotecaria spettante al credito ceduto, o dato in pegno, o rispetto al quale vi sia stata surrogazione nella persona del creditore, guarentisce sempre il credito in occasione del quale venne stabilita, essendone l'accessorio (a meno che non esista stipulazione in contrario). Può anche avvenire che il creditore ipotecario *ceda* il diritto ipotecario ad altro creditore chirografario dello stesso debitore, o pure ad un terzo suo creditore particolare, o creditore di altri; può darsi anche che ceda semplicemente il suo grado nell'ordine delle ipoteche: e

tutto ciò in coerenza alla natura della ipoteca ch' è un diritto reale, un potere sulla cosa accessorio ad un credito, ma distinto da questo. In tali casi, la cessione, la surrogazione, o la costituzione del pegno sono atti che hanno efficacia di fronte ai terzi, osservate che siano le formalità speciali ad essi: cosicchè, risultando già della ipoteca e però dello stato dell'immobile, non è più necessaria una nuova iscrizione, od annotazione a quella già esistente, che ne indichi il contenuto. Tuttavia *è in facoltà* del cessionario, della persona surrogata o del creditore il quale abbia in pegno il credito iscritto, di far annotare in margine od in calce dell'iscrizione presa dal suo autore la cessione, surrogazione, od il pegno, *consegnando al conservatore l'atto relativo:* se fosse una scrittura privata od un atto seguìto in paese estero, valgono le norme statuite per cotesti atti quando fossero presentati per la iscrizione. Eseguita siffatta annotazione, stante il diritto di chi l'ha ottenuta, l'iscrizione non può essere cancellata senza il di lui consenso (*C.* ***1994***).

Le intimazioni e notificazioni che occorressero in dipendenza della iscrizione, saranno fatte (sempre per la considerazione del diritto che ha) al domicilio eletto dallo stesso cessionario, surrogato o creditore pignoratizio, per quanto riguarda l'interesse rispettivo (*C.* ***1994***, in f.).

§ 227. — *Rinnovazione della iscrizione.*

AUBRY et RAU, § 280; LAURENT, XXX, 105-146; TROPLONG, PONT, op. cit.

L'iscrizione conserva l'efficacia dell'ipoteca per *trent'anni* dalla sua data, e la regola sulla durata risponde così al principio generale accolto sul tempo in ordine all'estinzione dei diritti; questa è la regola (*C.* ***2001***), perchè eccezionalmente, l'iscrizione della ipoteca legale della moglie conserva il suo effetto, *senza* bisogno di rinnovazione, durante il matrimonio (e qui i motivi sono gli stessi che spiegano l'ipoteca legale accordata alla moglie) e per l'anno successivo allo scioglimento del medesimo (*C.* ***2004***), nel quale ultimo termine la donna o gli eredi bene possono provvedere onde ottenere quanto sia loro dovuto. L'effetto del decorso di questi termini, è che il creditore, il quale ha conservato il diritto di credito e di ipoteca, perde il grado derivante dalla iscrizione diventata inefficace,

e curando una nuova iscrizione solo dalla data di questa sarà determinato il suo nuovo rango; ad ovviare a cotesto inconveniente provvede l'istituto della *rinnovazione dell'iscrizione* che effettuata prima della scadenza dei termini anzidetti, conserva la iscrizione precedente, e però il suo grado. S'intende di leggieri, come tale rinnovazione non sia più necessaria quando l'ipoteca abbia ottenuto il suo scopo: e però cessa nel caso di purgazione colla iscrizione dell'ipoteca legale nascente dal titolo di alienazione (*C.* ***2042***), e nel caso di spropriazione forzata colla iscrizione della ipoteca legale nascente dalla vendita all'incanto contro il compratore per il pagamento del prezzo (*C.* ***2089***).

Quanto all'ipoteca a favore dell'*interdetto* (non del minore, stando al termine di trent'anni fissato di regola per la efficacia della iscrizione), l'obbligo della rinnovazione incombe alla persona cui è fatto obbligo di togliere la iscrizione, ed identiche sono le pene comminate: è ad avvertire come il cancelliere cui spetta tale obbligo, è quello ch'è presso la pretura ove a quel tempo si trova il registro della tutela dell'interdetto (*C.* ***2002***).

Onde ottenere la rinnovazione si presentano al conservatore delle ipoteche: 1) la nota dell'iscrizione da rinnovarsi, la quale tien luogo di titolo: 2) due note conformi a quelle della precedente iscrizione; tuttavia, se al tempo della rinnovazione gli immobili ipotecati apparissero da tre mesi sui registri censuari come passati agli eredi od altri aventi causa dal debitore, o dal terzo cui apparteneva l'immobile ipotecato, la rinnovazione deve pure essere diretta contro questi ultimi, colle indicazioni del nome, cognome, ecc. (*C.* ***1987***, 1°), *in quanto risultano dagli stessi libri censuarii*; per giunta, le note debbono contenere la dichiarazione che s'intende rinnovare la iscrizione precedente (*C.* ***2005***, ***2006***). Una di queste note va restituita al richiedente, munita delle debite formalità (*C.* ***1988***, ***2005*** in f.) e vale come certificato della eseguita rinnovazione (*C.* ***1988***).

§ 228. — *Effetti dell'ipoteca.* — *Generalità.*

Gli effetti dell'ipoteca concernono: *a*) i creditori chirografari, per il diritto di prelazione spettante al creditore ipotecario sul prezzo degli immobili, per la cui vendita ha diritto (come creditore)

d'instare; *b*) *gli altri creditori ipotecari*, rispetto ai quali la preferenza è data dalle norme sull'*ordine fra le ipoteche; c*) ed *il terzo possessore*.

Del primo degli effetti or notati venne detto a sufficienza: occorre appena notare che in vista di esso, i creditori chirografari hanno diritto di opporre i vizii del titolo e della iscrizione. Si terrà ora discorso degli altri due.

A) *Effetti dell'ipoteca. Concorso di più creditori ipotecari.*

§ 229. — *Dell'ordine.*

AUBRY et RAU, §§ 289-291; TROPLONG, op. cit.; PONT, op. cit.

Cons. *D.*, *qui potior.*, *in pign. v. hypoth. hab.* (XX, 4); *C. q. potior.*, *in pign.*, *hab.* VIII, 17).

Cod. civ. it., art. 2017-2012: V. i fonti leg. cit. nel § 213, 214.

Il concorso di più ipoteche sullo stesso immobile è regolato dal principio « *prior tempore potior iure* », e cioè dalla data, non del titolo costitutivo del diritto ipotecario, sibbene da quella in cui alla ipoteca venne data la pubblicità voluta mercè la iscrizione. L'ipoteca produce effetto e prende grado dal momento della sua iscrizione (*C. 2007*), nè rileva che si tratti di un contratto di prestito in cui lo sborso del denaro si effettui posteriormente, essendo nato a favore del mutuatario il diritto ad ottenerlo: il *grado* è determinato dal numero d'ordine; ma se più persone presentassero *contemporaneamente* la nota (*C. 2008*) per ottenere iscrizione *contro la stessa persona e sugli stessi immobili*, vengono iscritte sotto uno stesso numero, e ne vien fatta menzione nella ricevuta spedita dal conservatore a ciascuno dei richiedenti. Dal che consegue come, avendo uno stesso numero, e però identico grado, queste ipoteche *concorrano tra di loro* (*C. 2009*).

La iscrizione del credito serve a far collocare nello stesso grado il capitale e gli accessorî, che, per loro natura, ne seguono le sorti. Tuttavia è a distinguere:

a) le spese dell'atto, dell'iscrizione e rinnovazione, e le ordinarie che possono occorrere per la collocazione nel giudizio di graduazione, sono con la iscrizione del credito collocate allo stesso grado di questo: ma, se le parti *con patto espresso* avessero esteso la ipoteca del credito e gli effetti della medesima a spese giudiziali

maggiori delle sopra accennate, è necessario per la efficacia del patto, sia presa la corrispondente iscrizione;

b) per gli interessi: se la misura di questi fosse enunciata, l'iscrizione del capitale che li produce vale a far collocare nello stesso grado gli interessi dovuti per l'annata in corso al giorno della trascrizione del precetto (*C. 2085*), oltre ai successivi, e per le due anteriori; limitazione che si spiega colle esigenze del *principio di pubblicità,* perchè i terzi ignorando l'accumularsi degli interessi, potrebbero errare in apprezzare convenientemente lo stato di gravame degli immobili. Per il qual motivo la limitazione accennata non pregiudica le *iscrizioni particolari* prese per i maggiori arretrati dovuti, le quali, secondo i principii, hanno effetto dalla loro data (*C. 2010*).

§ 230. — Cont. *Surrogazione a beneficio del creditore perdente.*

V. fonti leg. cit. nel § precedente.

La *surrogazione* nella ipoteca a beneficio del creditore perdente, è disposizione di grande equità introdotta dalla legge, e si può definire *istituto per il quale un creditore di grado posteriore, rimasto perdente per l'esercizio del diritto fatto da un creditore anteriore, ch'è così rimasto soddisfatto, subentra a questo nel diritto di ipoteca che gli spettava anche su altri immobili in garanzia del credito:* è disposizione di equità, perchè stando ai principii, se di due ipoteche iscritte con diverso grado sugli stessi immobili, col dare effetto all'anteriore la seconda fosse rimasta perdente, questa avrebbe subito le conseguenze necessarie della norma regolatrice il concorso dei diritti ipotecari, nè la considerazione muterebbe se il credito guarentito con la ipoteca anteriore lo fosse del pari con ipoteca tolta su altri beni. Tuttavia, si pensò che un creditore il quale avesse per il suo credito ipoteca su diversi immobili spettanti al debitore o ad un terzo, poteva d'intesa coi proprietari scegliere per l'esercizio del suo diritto l'immobile o gli immobili su cui gravitasse altra ipoteca di grado posteriore, la quale in seguito a ciò dovrebbe rimanere perdente: d'altronde, è *con la perdita del diritto* spettante al creditore posteriore che l'anteriore si è soddisfatto del suo

credito; perciò senza che soccorrano qui gli estremi della surrogazione legale, essendosi il creditore anteriore soddisfatto esercitando il proprio diritto, pure, per equità, la legge introdusse il rimedio della surrogazione. Cosicchè, quando il creditore avente grado anteriore fosse soddisfatto col prezzo di uno o più fra gli immobili dati in garanzia ipotecaria per il suo credito, ed in conseguenza il creditore di grado posteriore rimanesse perdente, questo è surrogato nella ipoteca che a quello spettava su altri beni. Surrogazione nella ipoteca, la quale così si dimostra diritto a sè, separato dal credito al quale originariamente accedeva, senza distinguere se l'immobile su cui grava sia del debitore o di un terzo, o se appartenesse al debitore ma sia escito dal suo patrimonio prima del credito o della data della iscrizione del surrogato, o se anteriormente a questi fatti il terzo acquirente abbia trascritto il suo titolo: si tratta di trasmissione legale del diritto d'ipoteca, e questa esisteva già per la iscrizione avvenuta. Tant'è vero, che al creditore surrogato non è fatto obbligo di annotare la surrogazione; e ne ha solo facoltà (*C.* ***2011***, v. *C.* ***1994***).

Effetto della surrogazione è, che il surrogato può esercitare l'azione ipotecaria sugli immobili gravati dalla ipoteca nella quale la surrogazione avviene: ma siccome è surrogazione nella ipoteca e non nel grado, il quale è determinato, per i principii sull'ordine, dalla *data della propria iscrizione*, così sarà solo preferito ai creditori la cui ipoteca fosse iscritta con data posteriore a questa.

Come conseguenza necessaria del principio di equità ora notato, lo stesso diritto spetta anche agli altri creditori che fossero rimasti perdenti in seguito alla surrogazione avvenuta (*C.* ***2011***).

A garanzia del diritto spettante al creditore posteriore contro gli atti del creditore anteriore tendenti a favorire altro creditore di grado inferiore a quello (*C.* ***2087***), il creditore avente ipoteca su vari immobili, dopo che gli venne fatta la notificazione con cui s'apre il giudizio di purgazione (*C.* ***2043***), e dopo la notificazione del bando venale in caso di spropriazione forzata, non può, sotto pena dei danni, rinunziare alla sua ipoteca sopra uno di quegli immobili, nè astenersi volontariamente dal proporre la sua istanza nel giudizio di graduazione, *all'intento di favorire un creditore a detrimento di altro creditore anteriormente iscritto.*

§ 231. — Cont. *Concorso fra creditori ipotecari, e creditori privilegiati sullo stesso immobile.*

V. fonti leg. cit. nel § precedente.

Il concorso è regolato in questo caso dalle norme sul privilegio: tuttavia, concorrendo il privilegio generale dello Stato sugli immobili con altri creditori ipotecari, se per l'esercizio di quello su uno o più immobili il creditore ipotecario fosse rimasto perdente, è surrogato al privilegio sugli altri immobili: fondamento dell'istituto è il secondo riflesso che venne fatto dianzi a spiegare la surrogazione (§ 221). S'intende ch'eguale diritto spetta ai creditori perdenti in seguito alla detta surrogazione (*C.* ***2011*** al.).

§ 232. — *Fissazione definitiva del diritto dei creditori ipotecari.*

V. fonti leg. cit. nel § preced.

La fissazione definitiva, inalterabile, dei diritti dei creditori ipotecari nel caso di purgazione e di spropriazione forzata, rimane fissata con la iscrizione della ipoteca legale in favore della *massa* dei creditori (*C.* ***2012, 2042, 2089***).

B) *Effetti dell'ipoteca rispetto al terzo possessore.*

§ 233. — *Generalità.*

Aubry et Rau, § 287; Laurent, XXXI, 236 e segg.; Troplong, Pont, op. cit. Cod. civ. it., a. 2013-2023; C. c. fr., a. 2166-2192; C. c. neerl., a. 1242-1252; C. c. della Rep. Arg., a. 3149-3186; C. c. dell'Ur., a. 2027-2029; Cod. civ. del Guat., a. 2031-2042; C. c. del Chilì, a. 2428-2430.

Per il carattere che ha di *diritto reale*, l'ipoteca può essere fatta valere sugli immobili vincolati, presso qualunque persona si trovino: è la *cosa* ch'è direttamente soggetta al potere della persona a scopo di garanzia del credito, e perciò il creditore ipotecario può far valere questo suo diritto anche contro il *terzo possessore* dell'immobile ipotecato (*C.* ***1964*** in f.). È detta *terzo possessore* la persona ch'è al possesso, a titolo di proprietà, dell'immobile gravato, e che

non è (perciò l'appellativo di *terzo*) obbligato *personalmente* al pagamento del credito guarentito.

In conseguenza di questa posizione speciale che lo rende estraneo alla obbligazione personale, ma interessato nell'esercizio del diritto reale che ne è sicurtà, sono concessi al terzo possessore i due rimedii speciali, della *purgazione* e del *rilascio;* oltre il generale del *pagamento* dei crediti ipotecari. Egli deve adottare uno dei tre mezzi; non preferendo il primo, deve porre in opera il secondo, *senza alcuna* riserva, quando non preferisca di pagare i crediti con gli accessori (*C.* ***2013***), come la legge consente (*C.* ***2010***): ed in difetto, *qualunque* creditore (senza badare al grado, perchè il suo potere reale gliene dà diritto) può far vendere l'immobile (*C.* ***2012***). A cotesto fine, vuol essere notificato al terzo possessore il precetto coll'intimazione di pagare o di rilasciare l'immobile (la purgazione può aver luogo anche posteriormente, v. il § seg.): e non si passa alla vendita se non trascorsi *trenta giorni* dopo questo precetto, e l'altro intimato al debitore (stante la natura accessoria del diritto ipotecario) di pagare. Il termine di trenta giorni dopo la notificazione del precetto fatto al terzo possessore, è dato perchè questo abbia tempo di decidere quale dei tre mezzi accennati a lui convenga presciegliere.

Il terzo possessore che, *a*) ha fatto trascrivere il suo atto di acquisto, e *b*) *non fu parte del giudizio in cui venne pronunziata la condanna del debitore* (essendo a lui in tal caso opponibile la sentenza), *c*) *quando questa sia posteriore alla trascrizione* (perchè se anteriore, la trascrizione che poscia venga operata non modifica i diritti già fissati dei creditori), è ammesso ad opporre le eccezioni *non opposte dal debitore*, e *non personali al medesimo.* Può opporre le eccezioni che spetterebbero ancora al debitore dopo la condanna: ma in ogni caso, l'opporre tali eccezioni non sospende il corso dei termini stabiliti per la *purgazione* (*C.* ***2015***).

§ 234. — A) *Liberazione (purgazione) dell'immobile dalle ipoteche.*

Aubry et Rau, §§ 293bis-295; Laurent, XXXI, 414–572; Troplong, Pont, op. cit.
V. fonti leg. cit. nel § precedente. Cons. Cod. proc. civ., art. 727-738.

Si dice *purgazione dell'immobile dalle ipoteche*, il modo di liberazione conceduto al terzo possessore, il quale, stimando troppo gravoso il pagamento dei crediti ed accessorî, fa offerta ai creditori del prezzo stipulato dell'immobile, o del valore che dichiarerà, perchè su questo essi siano soddisfatti secondo il grado rispettivo: salva ai creditori la facoltà di accettare o no l'offerta. Fondamento dell'istituto è la conciliazione del favore verso il terzo acquirente non obbligato personalmente al pagamento, cogli interessi dei creditori, i quali possono reputare l'accettazione di questa offerta meno svantaggiosa di quanto non sia il giudizio per la espropriazione.

1) È conceduta tal facoltà a chi sia *acquirente* dell'immobile, volendosi con cotesto favore facilitare l'alienazione degli immobili ipotecati, e in pari tempo non sia *obbligato personalmente a pagare* i crediti ipotecari, giacchè, posto quest'obbligo, la liberazione non avrebbe luogo: libererebbe l'immobile dal vincolo reale, ma, per la obbligazione personale, lo lascierebbe sempre esposto all'azione dei creditori dei quali è garanzia (*C.* ***2040***);

2) La liberazione concerne (*C.* ***2040*** in f.) le ipoteche inscritte anteriormente alla *trascrizione* del suo titolo di acquisto: inscritte dopo, non avrebbero effetto a suo riguardo; il *tempo* in cui la facoltà di effettuarla va posta in atto, è l'anteriore alla notificazione del precetto che gli va notificato (*C.* ***2014***, v. il § prec.), ma può essere fatta valere anche posteriormente (*C.* ***2041***), purchè trascritto, onde impedire ulteriori iscrizioni, nei venti giorni successivi alla notificazione, il titolo che ancora non lo fosse, si proceda entro il termine di quaranta giorni posteriori a tale notificazione, alle formalità relative all'offerta (v. il pres. §, 3). Questi termini sono improrogabili (*C.* ***2047***).

3) Le *formalità* necessarie perchè il giudizio di purgazione sia validamente istituito dal terzo possessore, sono, oltre la *trascrizione*,

già accennata, del proprio titolo (arg. ***C. 2040, 2041, 2043***, 4°-6°): ***a***) la iscrizione, precedente all'istituzione del giudizio, dell'ipoteca legale in favore della massa dei creditori del venditore, a garantire il pagamento del prezzo stipulato o del valore che dichiarerà (***C. 2042, 2043***, 3°); *b*) notificare ai creditori iscritti, nel domicilio da essi eletto, ed al precedente proprietario, per mezzo d'usciere: 1° la data e la natura del suo titolo; 2° la qualità e situazione dei beni col numero del catasto od altra loro designazione, come risultano dallo stesso titolo; 3° il prezzo stipulato: o il valore che dichiarerà, *se si tratta di fondi* avuti a titolo lucrativo, o il cui prezzo non sia stato determinato; che se il titolo comprendesse mobili ed immobili, ovvero più immobili, gli uni ipotecati e gli altri liberi, o non tutti gravati delle stesse iscrizioni, situati nella stessa od in diverse giurisdizioni di tribunali civili, alienati per un solo e medesimo prezzo, o per prezzi distinti e separati, aggregati o no alla stessa tenuta, il prezzo di ciascun immobile soggetto a particolari e separate iscrizioni sarà dichiarato ragguagliato sul prezzo totale espresso nel titolo (***C. 2053***); 4° la data della trascrizione; 5° la data e il numero d'ordine dell'iscrizione d'ipoteca legale fatta anteriormente (***C. 2042***); 6° uno stato in tre colonne, di tutte le iscrizioni sopra i detti beni, prese contro i precedenti proprietari anteriormente alla trascrizione: nella prima colonna va indicata la data delle iscrizioni, nella seconda il nome e cognome dei creditori, e nella terza l'importare dei crediti iscritti (***C. 2043***). Cotesta notificazione risponde tutta allo scopo dell'istituto. Nell'atto di farla, il terzo possessore deve eleggere domicilio nel comune ove siede il tribunale competente per la subastazione (occorrendo notificazioni a fargli), e *offrire di pagare il prezzo od il valore dichiarato*, chè tale è il contenuto della purgazione; un estratto sommario di questa notificazione, perchè se ne abbia la più lata conoscenza, va inserito nel giornale degli annunzi giudiziari (***C. 2044***).

4) In seguito a tal notificazione, con la quale la offerta del terzo possessore è fatta conoscere ai creditori, questi hanno facoltà di *accettare*, o di *rifiutare, col far vendere i beni all'incanto*: se il rifiuto contenuto nella domanda d'incanto fosse fatto in modo nullo, si avrebbe un'*accettazione necessaria* dell'offerta fatta dal terzo possessore. L'accettazione volontaria ha luogo in tre modi:

α) il primo sta nel darla espressamente: od anche *tacitamente*, col non fare la domanda per l'incanto nel tempo e modo voluti (*C.* ***2045***). In questo caso, il valore dell'immobile rimane stabilito definitivamente sul prezzo stipulato nel contratto, o dichiarato dal nuovo proprietario: l'immobile è liberato dalle ipoteche a misura del pagamento dei creditori utilmente collocati, o mediante deposito fatto nel modo indicato dalla legge, e lo è pure da quelle ipoteche relative a crediti che non potessero più essere soddisfatti col detto prezzo (*C.* ***2046***);

β) il secondo ha luogo, quando entro il termine di *quaranta giorni* dalla notificazione fatta *dal terzo possessore* (*C.* ***2043***), termine improrogabile (*C.* ***2047***), e dalla relativa iscrizione, qualunque dei creditori inscritti *o dei relativi fideiussori* (il cui interesse è rivelato dalla obbligazione personale accessoria cui è tenuto) *capaci di obbligarsi* (arg. *C.* ***2045***, 2°), si valgano del diritto di far vendere i beni all'incanto, adempiendo alle seguenti condizioni: 1° notificare per mezzo di usciere la richiesta al nuovo proprietario, nel domicilio da lui eletto (*C.* ***2044***), ed al proprietario precedente; 2° che la richiesta contenga l'obbligazione del richiedente di aumentare, o far aumentare di un decimo il prezzo stipulato o dichiarato, e ciò per dimostrare la serietà del rifiuto della offerta reputata inferiore di assai al vero prezzo dell'immobile, quale si spera di ricavare dalla subasta; egli non può essere in verun caso costretto a estendere la sua offerta nè ai mobili, nè ad altri immobili fuori di quelli ipotecati per il suo credito (salvo al nuovo proprietario il regresso contro il suo autore, per il risarcimento del danno che venisse a soffrire per la separazione degli oggetti compresi nell'acquisto, e delle relative coltivazioni, *C.* ***2053***); 3° che l'originale e le copie di tale richiesta siano sottoscritti dal richiedente o dal suo procuratore munito di mandato speciale; 4° che il richiedente offra cauzione per una somma eguale al quinto dell'intero prezzo aumentato come sopra; 5° che la notificazione contenga citazione del nuovo e del precedente proprietario (ed anche del debitore principale se la ipoteca fosse data da un terzo, per l'interesse ch'egli ha nell'atto) a comparire dinanzi al tribunale, onde sia pronunziato sull'ammissibilità della cauzione e sulla richiesta dell'incanto (*C.* ***2045***).

γ) L'omissione di alcune di queste condizioni produce la

nullità della richiesta (*C. 2045* in f.), e però rimane definitiva la offerta di purgazione.

Del secondo fra i mezzi accennati, sono a notare gli effetti speciali, qualora il tribunale ammettesse la cauzione e la richiesta dell'incanto. Gli atti preparatorî, e di vendita vanno fatti secondo le norme statuite dalla legge di procedura civile, perchè è una vera procedura di subasta che ha luogo (*C. 2048*): fra le conseguenze d'incanto effettuato si ha: 1) che se il terzo possessore si rendesse acquirente, non sarebbe tenuto a far trascrivere la sentenza di vendita, perchè il suo diritto di proprietà esisteva di già (*C. 2050*): salvo a lui, per la garantia dovuta dal venditore, il regresso contro questo per il rimborso di quanto ecceda il prezzo stipulato nel suo contratto, e per gli interessi di tale eccedenza dal giorno di ciascun pagamento (*C. 2052*); 2) se il compratore fosse un terzo, oltre al pagamento del prezzo dell'acquisto e di ogni relativa spesa, sarebbe pure obbligato a rimborsare l'acquirente anteriore delle spese del suo contratto, della trascrizione, dell'iscrizione dell'ipoteca legale (*C. 2042*), dei certificati del conservatore, della notificazione ed inserzione, perchè questo può trovarsi nell'impossibilità di ricuperarle dal suo autore insolvibile (*C. 2049*). Sono pure a suo carico le spese fatte per ottenere l'incanto (*C. 2049* al.), potendosi ritenere come necessariamente preparatorie di esso; 3) la liberazione delle ipoteche ha luogo secondo le norme date per il caso di accettazione dell'offerta (*C. 2050* al.: v. il pres. §, 4 α).

Il creditore che ha fatto la domanda d'incanto, non può impedire la subasta, anche s'egli pagasse l'importare dell'offerto aumento, quando tutti gli altri creditori inscritti non annuissero *espressamente* alla desistenza (*C. 2051*): colla sua instanza egli potè distogliere qualche altro creditore dal farla anch'egli, e però se potesse senz'altro desistere, si avrebbe grave pericolo di danno per gli altri creditori inscritti: a parte il pericolo di collusione fra lui ed il terzo possessore.

§ 235. — B) *Del rilascio.*

V. fonti cit. nel § 233.

Il terzo possessore che non volesse pagare i creditori, o procedere alla purgazione dell'immobile delle ipoteche, e in pari tempo

volesse evitare che gli atti esecutivi appariscano fatti in suo odio, può effettuare il *rilascio* dell'immobile: forma particolare (non includendo perdita di proprietà) dell'istituto generale dell'*abbandono*, col quale, nella specie, vien lasciata la cosa in potere di chi vi ha imposto dei pesi: s'intende che non passa in lui la proprietà, perchè l'onere è solo a garanzia d'un credito, e a questo *solo* scopo è fatto l'abbandono: perciò, se l'incanto dell'immobile si effettua ad un prezzo superiore all'ammontare dei crediti iscritti, il residuo deve essere versato a lui. Il rilascio non può pregiudicare (*C.* ***2016*** in f.) le ipoteche costituite da chi lo fa (perchè aveva il potere di concederle) e debitamente iscritte.

1) Può eseguire il rilascio il terzo possessore che non sia obbligato personalmente per il debito: altrimenti sarebbe sempre tenuto al pagamento malgrado il rilascio, e si potrebbe procedere *in di lui odio* (cosa che si vuole appunto evitare con tal mezzo) anche sugli altri suoi beni che sono la garanzia comune dei creditori; è poi necessario che, per la perdita alla quale il rilascio dà causa, il terzo possessore abbia capacità di alienare, o sia autorizzato debitamente a farlo (*C.* ***2016***).

2) La formalità con la quale si eseguisce il rilascio, consiste in una dichiarazione fatta alla cancelleria del tribunale competente per la subastazione, che ne spedisce il certificato relativo. Appena sia avvenuto, il tribunale, sull'istanza di qualunque *interessato*, nomina un amministratore dell'immobile rilasciato, e *contro di esso* (v. il § pres., in pr.) si faranno e seguiranno tutti gli atti di vendita secondo le forme stabilite per le espropriazioni: finchè l'immobile non sia consegnato all'amministratore, il terzo possessore è *custode* dell'immobile rilasciato (*C.* ***2019***).

3) Il rilascio non può aver luogo se non nel caso e con le condizioni stabilite dalla legge.

§ 236. — C) *Pagamento e vendita.*

V. fonti cit. nel § 233.

Il terzo possessore può liberare l'immobile pagando i crediti iscritti e i loro accessori nella misura già avvertita (v. § 234).

A) Quando nessuno dei tre mezzi indicati siano stati posti in

opera dal terzo possessore, qualunque creditore, come si accennò, munito di efficace ipoteca, può far vendere l'immobile (*C.* **2014**). Tuttavia, finchè non sia seguita la vendita, il terzo possessore ha facoltà di ricuperare l'immobile da lui rilasciato, pagando i crediti e gli accessorî (*C.* **2015**), oltre le spese (*C.* **2018**): volendo così soddisfare ogni legittimo interesse dei creditori, il proseguire nell'espropriazione non avrebbe causa.

Qualora il terzo possessore fosse, in dipendenza del suo acquisto, debitore di una somma *attualmente esigibile, e sufficiente al soddisfacimento di tutti i creditori iscritti contro i precedenti proprietari,* ciascuno di essi *può* obbligarlo al pagamento (essendo superfluo ricorrere all'incanto), purchè il titolo di acquisto sia stato trascritto (che altrimenti il titolo non sarebbe efficace contro i terzi). Se poi la somma non fosse *attualmente esigibile,* o fosse minore, o diversa da ciò che è dovuto ai detti creditori, questi possono egualmente, *ma di comune accordo,* richiedere sia pagato ad essi, sino alla rispettiva concorrenza, ciò ch'egli deve nei modi e termini della sua obbligazione. Cotesto atto è facoltativo per i creditori; ed il debitore non può evitare il pagamento coll'offrire il rilascio dell'immobile, che non è istituto ordinato perch'egli valendosene, possa venir meno alle obbligazioni dipendenti dal suo contratto di acquisto: ma, eseguito il pagamento, l'immobile s'intende liberato da ogni ipoteca, non esclusa quella spettante al *venditore* (perchè il prezzo venne pagato), e il terzo possessore ha diritto di ottenere la cancellazione delle relative iscrizioni (*C.* **2023**).

§ 237. — *Rapporti derivanti dagli istituti suindicati.*

V. fonti cit. nei §§ precedenti.

Dalla *purgazione, rilascio, pagamento e vendita* dell'immobile, derivano diversi rapporti fra il terzo possessore ed i creditori iscritti: il terzo possessore ed il suo autore: il terzo possessore ed i terzi possessori di altri fondi.

1) Nel caso di *rilascio* o di *vendita:*

a) il terzo possessore è tenuto *a risarcire i danni* cagionati all'immobile in pregiudizio dei creditori iscritti: egli è proprietario della cosa, e come tale può disporne a piacimento, ma argomentando

unicamente dalla estensione dei suoi poteri in cotesta qualità, si dimenticherebbero i legittimi interessi dei creditori *iscritti*, i quali hanno un potere reale sull'immobile a scopo di *garanzia*, scopo che, per i deterioramenti, potrebbe andar deluso: a conciliare questi due criteri, la responsabilità del terzo possessore (*C. 1151*) è limitata a quella derivante da colpa *grave* (*C. 2020*). In base poi al principio che nessuno può arricchire con danno altrui, è dato al terzo possessore il diritto di far separare dal prezzo la parte corrispondente ai *miglioramenti* da esso fatti *dopo la trascrizione del suo titolo*, sino a concorrenza della minor somma risultante tra lo speso ed il migliorato al tempo del rilascio o della vendita all'incanto; ma non può invocare il diritto di ritenzione per causa di miglioramenti (*C. 2020*), perch'egli sapeva quali pesi esistessero sull'immobile, e quale fosse la sua posizione di fronte ai creditori iscritti.

b) il terzo possessore è tenuto *a restituire i frutti* percepiti solo dal giorno in cui gli fu intimato il precetto *trascritto* di fare il pagamento od il rilascio, perchè questa trascrizione immobilizza i frutti (*C. 2085*): se la instanza proposta fosse stata abbandonata per lo spazio di un anno, i frutti sarebbero pure dovuti dal giorno in cui venisse trascritta la rinnovata intimazione.

Nel caso di purgazione per parte del terzo possessore (*C. 2021*), i frutti son dovuti dal giorno della trascrizione del precetto, o in mancanza dal giorno della notificazione fatta secondo la legge (*C. 2043, 2044*).

c) eseguito il rilascio, od avvenuta la vendita all'incanto, le servitù, le ipoteche e gli altri diritti reali spettanti al terzo possessore anteriormente al suo acquisto rivivono: essendo caduto nel nulla il titolo onde era generata la confusione che aveva estinto cotesti diritti (*C. 2017*).

2) Nel caso di pagamento, rilascio o vendita, il terzo possessore ha ragione d'indennità verso il suo autore (*C. 2022*), tenuto per i principii generali alle conseguenze dell'evizione.

3) E nei tre casi ora indicati, per le stesse considerazioni esposte nel dire della surrogazione ipotecaria spettante al creditore rimasto perdente, ha azione di subingresso contro *quei terzi possessori* di fondi sottoposti ad ipoteca per i medesimi crediti, che fossero a lui posteriori di data nella trascrizione del proprio atto di

acquisto. È surrogato nella ipoteca: ma siccome ha qualità di *terzo possessore*, così era d'uopo che la legge ne tenesse conto, onde risolvere il conflitto, rispetto agli altri aventi la sua qualità di terzi possessori, col principio generale dalla data della trascrizione dei rispettivi titoli d'acquisto. Tuttavia, trattandosi di surrogazione nell'ipoteca, si applicano quanto all'annotazione le norme date in proposito (*C. 1994*): costituisce cioè un atto semplicemente facoltativo.

Quando la surrogazione non potesse aver luogo per fatto del creditore, il terzo può opporsi alle sue pretese: perchè a causa di ciò, non potrebbe esercitare un diritto che per legge gli spetta (*benef. cedend. actionum*).

§ 238. — *Della cancellazione delle iscrizioni.*

AUBRY et RAU, § 281; LAURENT, XXXI, 147-198, 222-235; TROPLONG, PONT, op. cit.

C. c. it., a. 2033-2039; C. c. fr., a. 2157-2160; C. c. neerl., a. 1239-1241; Cod. civ. della Rep. Arg., a. 3199-3203; C. c. del Mess., a. 2043-2050; C. c. dell'Ur., a. 2300 in f.; C. c. del Guat., a. 2125-2137; C. c. del Chilì, a. 2434 in f.

La *cancellazione* è un modo col quale, non il diritto ipotecario, (sull'estinzione di questo v. il § 240) ma l'iscrizione, e però il grado perde vigore, e consiste nel togliere che si faccia, per volontà degli interessati o per sentenza, ogni effetto ad una *iscrizione* ipotecaria debitamente presa: cosicchè la cancellazione si può, in ordine all'atto che le dà causa, distinguere in *volontaria* e *giudiziaria*.

A) La cancellazione volontaria può essere fatta da chi ha capacità per liberare il debitore (*C. 2034*), e però quando dipendesse da soddisfacimento del credito, chi non ha tale capacità non può consentirla, se non con l'assistenza delle persone il cui intervento è necessario per la liberazione: se poi il credito non venisse soddisfatto, il padre, il tutore ed ogni altro amministratore, ancorchè autorizzati ad esigere e liberare il debitore, non possono consentire alla cancellazione dell'iscrizione (*C. 2035*), trattandosi di un atto involvente disposizione se non del credito, del grado ipotecario.

Per la certezza dell'atto (che può anch'essere unilaterale), le cui conseguenze sono ben gravi, è richiesta la forma dell'atto pubblico e della scrittura privata (*C. 1978, 2033*) colle firme autenticate da notaio od accertate giudizialmente: gli atti seguìti all'estero deb-

bono essere debitamente legalizzati (*C.* ***1990, 2033***). La cancellazione consentita dalle parti interessate è eseguita dal conservatore in seguito alla presentazione dell'atto portante il consenso del creditore: presentazione da farsi secondo le norme statuite per la iscrizione della ipoteca (*C.* ***1989, 2033***).

B) La cancellazione chiesta dal debitore o da chiunque altro vi abbia interesse, può essere ordinata giudizialmente quando l'ipoteca non sussiste o l'iscrizione è nulla: ma non va eseguita se la sentenza od il provvedimento non siano passati *in giudicato*, onde non esporre il creditore al pericolo di perdita, in seguito a cancellazione operata in forza di sentenza riformata od annullata.

C) Nelle due ipotesi or notate, se fu convenuto od ordinato che la cancellazione non debba aver luogo che sotto condizione di nuova ipoteca, di nuovo impiego, od altro, la cancellazione (sempre onde evitare il pericolo di perdita al creditore) non può essere eseguita se non si fa constare al conservatore l'adempimento della condizione (*C.* ***2037***). La cancellazione convenuta od ordinata, esista o no condizione, è *totale* o *parziale:* sulla richiesta della parte, e con la presentazione dell'atto che vi fa luogo, il conservatore la eseguisce in margine dell'iscrizione medesima, indicando il titolo con cui è stata consentita od ordinata, la data in cui si eseguisce, e apponendo la propria firma (*C.* ***2038***).

Se il conservatore ricusasse di procedere alla cancellazione, il richiedente può farne richiamo al tribunale civile, il quale provvede in camera di consiglio, sentito il pubblico ministero, ed anche d'uffizio il conservatore nelle sue osservazioni scritte: contro il provvedimento del tribunale è ammesso il richiamo in appello ed in cassazione, secondo le leggi generali, e colle forme suddette di procedimento. Il tribunale può ordinare la chiamata delle persone che si presumono interessate, ed in questo caso, o quando la domanda di cancellazione sia proposta direttamente in contradditorio degli interessati, vanno osservate le norme del procedimento sommario, sentito il pubblico ministero (*C.* ***2039***).

§ 239. — *Riduzione delle ipoteche.*

Aubry et Rau, § 282; Laurent, XXXI, 199-235; Troplong, Pont, op. cit. C. c. it., a. 2024-2032; C. c. fr., a. 2161-2165.

La riduzione delle ipoteche può avvenire per convenzione delle parti interessate, e di questa non occorre dire specialmente; oppure per sentenza dell'autorità giudiziaria. La legge dà diritto a chiederla, perchè, tenuto conto del carattere che l'ipoteca veste rimpetto al credito, ogni sproporzione fra l'entità dell'una in relazione all'altro non parve giustamente mantenibile, ma restrinse l'autorizzazione entro limiti espressi; da questo lato, la riduzione si opera restringendo l'ipoteca ad una parte soltanto dei beni indicati nella iscrizione (*C.* ***2024*** pr.). Può anche essere ridotta ad una quantità minore la somma per la quale fu presa la iscrizione, e la ipoteca, per il carattere anzidetto, deve in tal caso mutare necessariamente di entità, e però la sua riduzione: cosicchè questa può avvenire per due cause (*C.* ***2024***).

1) I limiti ai quali si accennò, sono dati dal principio (*C.* ***2025***) che non è ammessa domanda di riduzione nè riguardo alla quantità dei beni, nè riguardo alla somma, se l'una o l'altra sia stata determinata per convenzione (e ciò per la efficacia riconosciuta alla volontà delle parti), o per sentenza (stante l'autorità della decisione giudiziaria); ond'è, che la riduzione può aver luogo solo per le ipoteche giudiziali e per le legali, escluse quelle spettanti al venditore, ed ai coeredi, soci ed altri condividenti (*C.* ***1969***, 1°, 2°), perchè somma e beni risultano qui pure da un titolo.

2) A toglier poi ogni pericolo di arbitrarietà, la legge stessa ha determinato i criteri onde stabilire quando si abbia la eccedenza del valore dei beni, o della somma dichiarata su quella ch'è realmente dovuta: si ha la eccedenza nel valore dei beni quando (*C.* ***2027***) supera di un terzo l'importare dei crediti iscritti, accresciuto degli accessorî nella misura ordinata dalla legge (*C.* ***2010***): si ha la eccedenza della somma dichiarata nella iscrizione, quando questa ecceda di un quinto quella ch'è dal giudice (*C.* ***2026***) dichiarata dovuta. La rettificazione dell'iscrizione si eseguisce con le formalità statuite per la cancellazione parziale (*C.* ***2038***).

3) Le spese necessarie per la riduzione sono: *a*) *a carico di*

colui che ne trae interesse, e però del richiedente: oppure, *b*) di chi vi ha dato causa: il che avviene quando la riduzione avesse luogo per eccesso nella determinazione del credito fatta dal creditore, il quale dovrà perciò risponderne: e quando si trattasse di spese del giudizio occorso sopra contestazioni che venissero fatte, nel qual caso sono a carico del soccombente, oppure compensate, secondo le circostanze (*C. 2028*).

§ 240. — *Cause diverse di estinzione delle ipoteche.*

AUBRY et RAU, §§ 292-293; LAURENT, XXXI, 357-408; TROPLONG, PONT, op. cit *D., quib. mod. pign. v. hypoth. solv.* (XX, 6).

Cod. c. it., a. 2029-2032; C. c. fr., a. 2180; C. c. neerl., a. 1253-1264; C. c. port., a. 938-948; C. c. della Rep. Arg., a. 3187-3198; C. c. del Mess., a. 2051-2053; C. c. dell'Ur., a. 2300; C. c. del Guat., art. 2125 e segg.; Cod. civ. del Chilì. art. 2434.

Le ipoteche si estinguono (*C. 2029*):

1) *coll'estinzione della obbligazione*, perchè cessando di esistere l'elemento principale, anche l'accessorio, ch'è la garanzia prestata dalla ipoteca, non ha più ragione di esistere, e questo effetto si produce qualunque sia la causa onde è prodotta la estinzione dell'obbligazione; se il pagamento (o altro modo di estinzione ad esso pareggiato) fosse dichiarato nullo, le ipoteche rinascono col credito (*C. 2031*), e in tal caso rinasce solo col grado della nuova iscrizione, se la precedente non è stata conservata (*C. 2032*), non potendosi ledere i diritti acquistati dagli altri creditori con le iscrizioni tolte nell'intervallo;

2) con *la distruzione totale dell'immobile gravato*, salva la surrogazione nella somma dovuta dell'assicuratore, o nel prezzo per espropriazione forzata a causa di pubblica utilità (*C. 1951*): l'estinzione ha causa nella mancanza d'oggetto dell'ipoteca; ma è a notare che distrutto l'edificio su cui grava, essa continua ad esistere sull'area;

3) con la *rinunzia del creditore* (al credito, od alla sola ipoteca) fatta da chi ha capacità per disporre del credito;

4) col *pagamento dell'intero prezzo* nei modi stabiliti dalla legge nei giudizi di graduazione, avendo l'acquirente adempito alla obbligazione sua;

5) collo *spirare del termine* a cui furono limitate;

6) col *verificarsi della condizione risolutiva* che vi sia stata

apposta, giacchè questi elementi accessorî possono validamente aver luogo nell'atto costitutivo d'ipoteca volontaria;

7) con la *prescrizione* (*C.* ***2030***): rispetto ai beni posseduti dal debitore, essa si compie con la prescrizione del credito, ch'è il suo elemento principale: altrimenti, sussistendo il credito, si potrebbe procedere sugli stessi beni, se non per il diritto d'ipoteca,, per la garanzia che dànno, di regola, ai creditori; e rispetto ai beni posseduti da un terzo col decorso di trent'anni (*prescrizione estintiva*). Questa prescrizione si regola con le norme che reggono l'istituto della prescrizione in genere.

La non osservanza delle regole sulla iscrizione, e sul tempo in cui può essere validamente fatta, la collocazione in un grado che rende inutile l'esercizio del diritto ipotecario, producono il nessun valore della ipoteca: le conseguenze di tali fatti son da pareggiarsi a quelli della estinzione, ma in essi non si ha una vera estinzione; perchè negli uni l'ipoteca non ha avuto esistenza, negli altri non potè conseguire, a causa del grado, un effetto utile.

Diritto di ritenzione.

241. — *Generalità.* A. *Del dir. di ritenzione sugli immobili.*

Aubry et Rau, § 256 bis; Laurent, XXIX, 234-301; Troplong, Pont, op. cit. Cod. civ. della Rep. Arg.. art. 3939-3946.

Il diritto di ritenzione è diritto di *garanzia*, e, limitatamente, *reale*: ha il primo carattere, perchè assicura un credito in garanzia del quale la cosa venne consegnata al creditore espressamente o tacitamente: od il rimborso (nel che pure occorre talvolta il concetto del pegno *tacito*) delle spese fatte per la conservazione ed il miglioramento della cosa, col potere che il possessore (possesso in genere), ha di tenerla sino a quando tale rimborso non venga effettuato: e questo è il concetto del diritto in esame, ch'è *indivisibile*. Ha il secondo, perchè esso è opponibile contro qualunque persona: perciò, nei casi in cui questa efficacia manca, non si ha diritto di ritenzione propriamente detta (p. es. nell'anticresi, *C.* ***1897***); ma difetta di uno dei principali effetti del diritto reale, ch'è il seguir la cosa presso chiunque, e ciò si spiega in relazione al contenuto suo richiedente il *possesso* (a differenza della ipoteca) della cosa, il *te-*

nerla: e, in materia mobiliare, in ordine al principio sovrano che del possesso fa, in dati casi, titolo (*C.* ***707***).

Sebbene il diritto di ritenzione abbia la sua causa nel *pegno espresso* o *tacito*, e nelle spese e miglioramenti fatti per la cosa posseduta (che fornisce appunto la garanzia), e sia giusto l'accordarlo, perchè senza tali spese la cosa o l'aumento del valore datole non avrebbero esistenza: tuttavia, non è a tenere questo secondo principio per dire della estensione del diritto. Il quale accordando un diritto di garanzia, impone a chiunque voglia esercitare un potere sulla cosa la obbligazione di estinguere il credito garantito: e però non può essere esteso oltre i casi nei quali è espressamente conceduto dalla legge (*C.* ***706, 1023, 1528, 1863***).

Posti i due criteri che sono il fondamento del diritto di ritenzione, è agevole notare qual riferimento abbiano alla distinzione fra il diritto di ritenzione su cosa immobile, e il diritto di ritenzione su mobili: nel primo caso (non bene si richiamerebbe in proposito il concetto del *pignus* su cosa immobile), il diritto nasce unicamente a causa del rimborso delle spese e dei miglioramenti fatti sulla cosa: nel secondo trae origine interamente dal *pegno*, accordato espressamente (*C.* ***1878*** e segg.), o *tacitamente* (pegno *tacito* propriam. detto, e p. *legale*) in base al rimborso accennato. Ond'è, che nel pegno il diritto di garanzia si potrebbe, come venne notato, concepire come indipendente dal credito che guarentisce, e però il *suppegno:* ma questo è limitato al pegno espresso ed al tacito propriamente detto, perchè nel legale, tuttochè il pegno sia causa del *privilegio* (§ 207, 2), la presenza di tal carattere, legato alla *qualità* del credito, restringe gli effetti del diritto reale ch'è il pegno.

§ 242. — B. *Diritto di ritenzione sui mobili.*

Il diritto di ritenzione, reale nei limiti voluti dal suo contenuto e dalla natura della cosa cui può riferirsi, perch'è di *garanzia* (lo si notò pure per la ipoteca) contiene un diritto di preferenza a vantaggio di chi lo ha: ma non un privilegio, perchè la legge sola può espressamente accordare ad un credito, e se esso gli è in dati casi attribuito, come avviene nel pegno, ciò non dipende dalla sua natura, sibbene dalla considerazione speciale in cui la legge volle tenere il credito guarentito.

Ed i crediti guarentiti da diritto di pegno su cosa mobile sono pure favoriti da privilegio (*C. 1958*, 2°-4°, 6°-9°): di questi casi si terrà ora discorso; ma si deve avvertire come principio che domina nella materia, che (eccezione fatta per il pegno tacito propriamente detto, § 244), appunto perchè è dato il privilegio, il diritto di ritenzione perde il suo valore assoluto: ed i crediti guarentiti hanno solo il privilegio nel grado determinato dalla legge.

§ 243. — *Pegno espresso.*

V. i fonti cit. nel § 206.

Aubry et Rau, §§ 430-435; Laurent, XXVIII, 438-487.

Cod. civ. it., a. 1878-1890; C. c. fr., a. 2071-2084; C. c. neerl., a. 1196-1207; C. c. port., a. 855-872; C. c. della Rep. Arg.. a. 3204-3238; C. c. del Mess., a. 1889-1926; C. c. dell'Ur., a. 2253-2277; C. c. del Guat., a. 1983-2007; C. c. del Chilì, art. 2384-2406.

Il pegno del quale si tien qui parola, non è il *contratto*, del quale occorrerà dire nella parte delle obbligazioni: è il *pegno* come diritto reale nascente dal contratto a favore del creditore, e in questo senso è il diritto reale spettante al creditore sulla cosa mobile corporale od incorporale *ricevuta* in garanzia dal suo credito dal debitore oppure da un terzo (arg. *C. 1878*).

1) Può costituire il pegno soltanto chi sia proprietario della cosa: tuttavia, *quando la cosa fosse mobile per natura*, o fosse un *titolo al portatore*, il creditore che in buona fede, ricevesse in pegno la cosa altrui, potrebbe eccepire la massima che il possesso in cotesto caso val titolo (*C. 707*): ma non è necessario che il costituente sia il debitore, potendo la costituzione esser fatta da un terzo (*C. 1883*). Chi costituisce il pegno, deve avere la capacità di disporre della cosa, perchè concede un potere reale su essa.

Oggetto del pegno può essere solo una cosa mobile, corporale od incorporale: così può esserlo un credito (il diritto sarebbe sempre reale), ed anche un diritto di pegno (suppegno). Tuttavia, in base al principio che solo il proprietario della cosa può darla validamente in pegno, il suppegno esisterà quando la cosa su cui è originariamente costituito il pegno sia mobile per sua natura, o sia titolo al portatore ed il creditore suppignoratizio sia in buona fede. Il suppegno è perciò la trasmissione del diritto di pegno fatta indipendentemente dal credito, che in origine ne era guarentito.

2) Il diritto di pegno può essere costituito con atto fra vivi,

o di ultima volontà, puramente, o sotto condizione od a termine, ed è *indivisibile* (*C.* ***1889***); da esso emana a favore del creditore il diritto di ritenzione sulla cosa *consegnatagli* a tal titolo, e ne gode finchè, non sia interamente pagato del capitale, degli interessi, e delle spese (*C.* ***1888***), giacchè il pegno garantisce non solo il credito, ma anche quanto ne è accessorio.

E assieme al diritto di ritenzione, produce a vantaggio del creditore, un diritto di privilegio (*C.* ***1879***, ***1958***, 6°), quando concorrano le condizioni seguenti:

α) quanto alla *forma:* se l'oggetto non eccede il valore di cinquecento lire, è necessario che la costituzione risulti da atto pubblico o da scrittura privata (la cui data certa deve constare secondo le norme generali), contenente: la dichiarazione della somma dovuta, della specie e natura delle cose date in pegno, oppure una descrizione della loro qualità, misura e peso (*C.* ***1880***): così è guarentita la certezza dell'atto, della *data*, e si soddisfa al concetto della *specialità* del pegno, occorrente nell'interesse dei terzi: che se il pegno fosse costituito su un credito, è d'uopo, qualunque ne sia il valore, dell'atto pubblico o della scrittura privata, affinchè possa farsene la notificazione (pure necessaria) al debitore del credito dato in pegno, onde sappia del diritto che il creditore pignoratizio vi ha acquistato, e non paghi in suo danno (*C.* ***1881***); per analogia si deve dire altrettanto del suppegno, dal momento, che, stando ai principii, ne sarebbe valida la costituzione;

β) quanto alla *pubblicità:* è necessario che la cosa sulla quale è costituito il pegno, sia consegnata e sia rimasta in potere del creditore, oppure di un terzo eletto dalle parti: in difetto, il privilegio non sussiste (*C.* ***1882, 1958,*** 6° in f.): con cotesto fatto il diritto degli altri creditori è tutelato, perchè essi sanno su quale entità del patrimonio del debitore possano avere una efficace garanzia, e sono meglio al riparo da ogni simulazione.

3) Onde impedire che la garanzia porti al creditore pignoratizio un vantaggio estraneo al suo diritto, con danno del debitore e degli altri creditori, gli è vietato di disporre del pegno per il non effettuato pagamento, appropriandoselo, o disponendone senza la formalità di cui si dirà; ed ogni patto in contrario sarebbe nullo (*C.* ***1884*** al.), perchè il divieto è d'ordine pubblico, potendo facil-

mente avvenire che il valore del pegno superi di assai l'ammontare del credito; anzi, per il vantaggio che potrebbe averne, il creditore esigerebbe sempre il pegno di valore eccedente il credito. Il creditore ha il diritto di far ordinare giudizialmente che il pegno sia venduto all'incanto, e sul prezzo eserciterà poi il suo privilegio: oppure, che il pegno rimanga presso di lui in pagamento e fino alla concorrenza del debito, secondo la stima da farsi per mezzo di periti (*C. 1884*): in questo caso, l'inconveniente cui si accennò non esiste, e ne dà guarentigia ampia l'intervento necessario dell'autorità giudiziaria.

4) Il diritto di pegno si estingue, colla estinzione della obbligazione per qualunque causa; e indipendentemente dall'estinzione del credito, con lo spirare del termine o con l'avverarsi della condizione risolutiva sotto la quale è stato costituito; con la rinuncia del creditore; e con la perdita del possesso della cosa data in pegno.

§ 244. — *Pegno tacito propriamente detto.*

Pegno *tacito propriamente detto* è quello che s'intende costituito sulla cosa già data in pegno per un credito anteriore, a garanzia di altro credito posteriore costituito fra le stesse parti e diventato esigibile prima che siasi fatto luogo al pagamento del primo: anche se non ne fosse stata la relativa stipulazione (*C. 1888*). La legge presume la tacita costituzione, argomentando dal fatto che la nuova obbligazione dimostra non essere migliorate le condizioni del debitore, e però l'intenzione del creditore di non fargli nuovo credito, senza garanzia; non solo: chè la disposizione della legge attende a tutelare il creditore contro la mala fede del debitore, il quale pagando il primo debito col secondo, potrebbe riavere il pegno con l'animo di non soddisfare alla obbligazione ultimamente contratta.

Il pegno *tacito* produce la ritenzione, ma non può dar luogo al privilegio, mancando le condizioni relative alla *specialità* (v. § 243, *a*).

Le norme che la legge civile ha sul pegno espresso, e sul tacito *propriamente detto,* non derogano alle leggi ed ai regolamenti particolari concernenti le materie commerciali, e gli istituti autorizzati a far prestiti sopra pegni (*C. 1890*): perchè dirette a tutelare interessi speciali.

§ 245. — *Pegno tacito* (in genere) *o legale.*

V. i fonti cit. nel § 207. Cons. i fonti di D. R. cit. nel § 229.

Pegno *tacito in genere*, o meglio *legale*, è quello ch'è costituito dalla legge su *speciali mobili*, sia in base al concetto d'una tacita volontà delle parti, sia a causa di credito per spese fatte a conservare o migliorare i mobili su cui è data la garanzia. Ricorre qui il concetto del pegno perchè si tratta d'una vera garanzia, e perchè è d'uopo che la cosa sia nel possesso del creditore: ma a differenza del pegno tacito propriamente detto, tutti i casi di pegno legale dei quali si dirà in seguito, dànno luogo ad un privilegio sul prezzo della cosa (*C.* ***1958***, 2°-4°; 7°-9° e v. § 242 in f.: v. quanto al suppegno, § 241 in f.).

Alla prima delle due cause si connettono le ipotesi (e privilegi) seguenti:

1) Il diritto del proprietario del fondo enfiteutico per i crediti dei canoni dovuti per l'*anno in corso* (al tempo cioè dell'atto che afferma la non solvibilità del debitore), e dell'antecedente: esso grava sui frutti del fondo enfiteutico raccolti nell'anno, e sopra le derrate che si trovano nelle abitazioni e fabbriche annesse al fondo, e provenienti dal medesimo. La legge presume che il proprietario intanto voglia acconsentire a che altri faccia suoi i prodotti del suo fondo, in quanto gli sia pagata la somma la quale ne rappresenta *quasi* il corrispettivo (v. pure in seguito, 2, B): e però il diritto di garanzia accordatogli sui proventi del fondo, e di cui si può ritenere in possesso in quanto esistono negli stabili a lui appartenenti. La limitazione del privilegio a due anni, ha causa nella considerazione tenuta per il diritto degli altri creditori, e della noncuranza che il creditore privilegiato ebbe nel procurarsi la esazione dei canoni scaduti.

2) Il diritto nascente dal credito delle pigioni, dei fitti ed indennità dovute al locatore: non importa che questo sia il proprietario della cosa, e neppure rileva la differenza fra la locazione di fondi rustici o d'una casa. Rispetto ai primi, il diritto cade sopra i frutti raccolti nell'anno, sopra le derrate che si trovano nelle abitazioni e fabbriche annesse ai fondi rustici e prove-

nienti dai fondi medesimi, e sopra *tutto ciò* che serve a coltivare il fondo affittato, od a fornire il fondo medesimo; rispetto ai secondi, su quanto serve a fornire la casa appigionata (*C.* ***1958***, 3°). Non v'è quindi distinzione a fare tra i mobili, quando sia accertato l'estremo della loro destinazione *a fornire* il fondo o casa locata: destinazione la quale evidentemente manca nei denari e titoli che vi esistessero. Non è neppure a distinguere, di regola, se i frutti appartenevano al solo affittuario (*C.* ***1958***, 3° 4° al.), e fra i mobili dell'inquilino od affittuario e quelli del subinquilino o subaffittuario (*C.* ***1958***, 3° 3 al.): questi ultimi sono pure soggetti al privilegio, ma per ciò di cui i proprietari sono debitori, senza tener conto delle fatte anticipazioni (*C.* ***1958***, 3°, 5 al.; v. *C.* ***1574***): come pure lo sono quelli che fossero di proprietà altrui, finchè si trovano nella casa o nel fondo locato, in base al principio che il possesso val titolo rispetto al pegno sui mobili per natura loro: posta s'intende la buona fede del locatore, la quale mancherebbe (è presunta fino a prova contraria, comunque questa sia fatta) qualora egli al tempo della introduzione sapesse che i mobili appartenevano ad altri; e purchè non si trattasse di cose derubate o smarrite, nella quale ipotesi la norma anzidetta non sarebbe più applicabile (*C.* ***708***; v. il § cit.).

A) Il privilegio ha luogo per qualunque credito derivi al locatore della esecuzione del contratto di locazione: e però, non solo per i crediti delle pigioni e dei fitti, ma anche per i danni recati agli edifizi e fondi locati, per le riparazioni che sono a carico del conduttore, la restituzione delle scorte, ecc. (*C.* ***1958***, 3° 2 al.). Ma in base a considerazioni relative ai diritti dei terzi (cons. il pres. §, 1°), il privilegio per il credito delle pigioni e dei fitti è diversamente regolato, secondochè la locazione abbia *data certa*, oppur no: nel primo caso, il privilegio ha luogo per il credito dell'*anno in corso*, dell'antecedente e *delle scadenze successive portate dai contratti di locazione*, perchè il debitore insolvente non può più reclamare il benefizio del termine (*C.* ***1176***): nel secondo ha luogo solo per il credito dell'annata in corso e per la susseguente; limitazione ch'è guarentigia per gli altri creditori contro scritture in cui la data vera potrebbe non rispondere a quella che vi è indicata. E perchè il locatore esigerebbe nei due casi fitti in anticipazione, gli altri creditori hanno diritto di sottentrare nelle ragioni del conduttore, sia col su-

blocare *durante il solo tempo per il quale il locatore esercita il suo privilegio* (e però per tempo minore del convenuto, se il locatore non potè avere il pagamento intero delle scadenze successive), anche se il contratto di locazione vietasse di sublocare, e ciò nel loro interesse: oppure di sublocare ed esigere le pigioni ed i fitti, pagando al locatore tutto ciò che gli fosse dovuto con privilegio, e dandogli cauzione per il credito non ancora scaduto (*C. 1958*, 3° 1 al.). Il diritto del locatore sarebbe nei due casi interamente soddisfatto, ed in pari tempo favorita la posizione degli altri creditori del conduttore, i quali nella sublocazione a condizioni vantaggiose possono aver mezzo di migliorare la propria condizione quanto al soddisfacimento dei crediti rispettivi.

B) Anche qui il fondamento dell'istituto è il pegno tacito. E le stesse considerazioni motivano il privilegio ch'è accordato dalla legge: rendere cioè più facile la conclusione del contratto, con le garanzie ordinate a vantaggio del locatore.

3) Per le stesse considerazioni, e tenendo conto dell'elemento di società che esiste nel negozio (v. il pres. §, B), è dato il diritto (ed il privilegio, *C. 1958*, 4°) ai locatori ed ai coloni per i crediti rispettivi dipendenti da contratto di masseria, mezzadria o colonia parziaria, sopra la *parte rispettiva* dei frutti, e sui mobili *di cui sono forniti* il fondo e la casa concessi a masseria. Con coteste garanzie è provveduto all'interesse della coltivazione dei fondi, e facilitata la conclusione dei contratti anzidetti perchè guarentite le obbligazioni nascenti dalla loro esecuzione.

4) Le spese fatte per la conservazione e per il miglioramento dei mobili (*C. 1958*, 7°), dacchè mediante *cotesta spesa* la cosa è stata conservata nel patrimonio del debitore, oppure un aumento di valore gli è dato, e gli altri creditori da questi due fatti traggono interesse: onde la garanzia (ed il privilegio) del creditore che ha fatto la spesa, sugli stessi mobili conservati o migliorati, semprechè si trovino ancora presso di lui.

5) Il diritto dell'albergatore (*C. 1958*, 8°) per le somministrazioni (qualunque ne sia l'importare) e le mercedi; grava sugli effetti del viandante che sono stati portati e sono tuttora nell'albergo. Il pegno tacito ed il privilegio hanno causa nel bisogno di garantire l'esercizio d'una professione che è d'interesse generale.

6) Sullo stesso motivo è fondato il diritto, anch'esso con privilegio (*C.* ***1958***, 9°), del vetturino (*C.* ***1627-1630***) per le spese di trasporto, di dogana e di dazio, sopra gli effetti trasportati che sono ancora presso di lui (pegno tacito): e se vennero consegnati, quando si trovino ancora presso il consegnatario, e l'azione venga promossa entro tre giorni dalla consegna. Così il fatto della consegna, purchè non decorra il breve termine statuito dalla legge, non lede (per eccezione al principio) il diritto di privilegio del vetturino.

Tutela dei diritti di garanzia.

§ 246. — α) *Rispetto all'ipoteca. Responsabilità del conservatore.*

Le garanzie concesse al diritto nascente dalla ipoteca consistono negli effetti, e rispettive azioni, derivanti dalla ipoteca regolarmente inscritta, a favore del creditore, sia contro il debitore che gli altri creditori ed i terzi possessori: l'azione che si esercita in quest'ultimo caso diretta ad ottenere gli effetti speciali ricordati a suo luogo, può essere chiamata azione ipotecaria. Altra garanzia si ha nella responsabilità ordinata (*C.* ***2066-2075***) a carico del conservatore delle ipoteche: i casi in cui ha luogo, le condizioni necessarie perchè sia dichiarata, e le conseguenze, sono regolate dalle stesse norme cui si accennò nel dire di cotesta responsabilità in ordine alla trascrizione.

Tuttochè il diritto ipotecario sia reale immobiliare, non è possibile l'esercizio dell'azione possessoria di manutenzione: si ha un diritto di garanzia, non di godimento, che segue la cosa tuttochè non se ne abbia il possesso. D'altronde, il diritto del creditore ch'è tutelato con le garanzie anzidette, lo è pure contro ogni perdita o deterioramento che rendesse l'ipoteca insufficiente alla sicurezza del creditore (*C.* ***1960***).

§ 247. — β) *Rispetto al pegno espresso o tacito* (*legale*).

Il diritto di pegno non dà luogo ad azione diretta a riavere la cosa della quale il creditore abbia perduto il possesso, quando concorrano le condizioni volute, per l'applicazione del principio che il possesso in dati casi sul titolo (*C.* ***707***). Tenendo al carattere di reale

che il diritto ha, così argomentando per analogia dai diritti conceduti al proprietario (*C.* ***708***), l'azione pignoratizia diretta a riaver la cosa, parrebbe dovesse competergli quando questa fosse *escita dal suo possesso* per atto indipendente dalla sua volontà, o ad essa contrario; ma ciò non è, perchè la legge restrinse questi diritti alla sola *rivendicazione*, e però al proprietario.

Per eccezione fondata sulla qualità del credito, si ha il diritto attribuito al locatore di *sequestrar*e i mobili su cui cade il suo diritto, quando dalla cosa o dal fondo locato siano stati trasportati altrove senza il suo assenso: *ma il privilegio è conservato* solo quando ne abbia promossa l'azione nel termine di giorni quaranta dal trasporto se si tratta di mobili di cui era fornito il fondo rustico, o nel termine, di giorni quindici se si tratta dei mobili di cui era fornita la casa (*C.* ***1958***, 3°, al 6): e (ciò che dimostra pure la restrizione or fatta), *salvi sempre i diritti che i terzi* avessero acquistato solamente *dopo* il trasporto (*C.* a. cit.). L'altra eccezione è quella concernente il vetturino che avesse consegnate le cose trasportate (v. il § 245, 6°).

Concorrendo gli estremi necessari, a difesa del possesso della cosa pignorata si può agire coll'azione di *reintegrazione*.

§ 248. — *Della separazione del patrimonio del defunto da quello dell'erede.*

L'istituto della separazione dei beni del defunto da quelli dell'erede, contiene, a favore dei creditori dell'eredità e dei legatari (che l'hanno chiesta) (*C.* ***1032***, ***2054*** e segg.), un diritto di preferenza contro i creditori personali dell'erede: rispetto agli immobili contiene un diritto reale, nel senso ch'è opponibile ai terzi successori dell'erede, purchè la separazione sia regolarmente effettuata, e la efficacia del vincolo sui beni è eguale a quella ch'è prodotta dalla ipoteca (*C.* ***2065***). Malgrado tal contenuto, per la relazione strettissima intercedente fra cotesto istituto e la successione ereditaria, è conveniente di enunciarne la teorica nella parte della eredità.

FINE DEL VOL. I.

INDICE

PARTE GENERALE

Capitolo I.

Della legge.

Capitolo II.

Il diritto.

CAPITOLO III.

Prova dello stato. Atti dello Stato civile.

CAPITOLO IV.

Degli oggetti del diritto (cose, beni).

CAPITOLO V.

Della nascita dei diritti, e della loro estinzione.

CAPITOLO VI.

Effetti dell'atto giuridico rispetto ai terzi.

CAPITOLO VII.

L'esercizio del diritto.

CAPITOLO VIII.

La fine del diritto e dell'azione.

PARTE SPECIALE.

SEZIONE PRIMA.

Dei diritti reali.

CAPITOLO I.

Generalità.

CAPITOLO II.

Del possesso.

CAPITOLO III.

Della proprietà.

CAPITOLO IV.

Regolamento legale dell'esercizio della proprietà.

Capitolo V.

Delle servitù.

Capitolo VI.

Servitù d'acqua.

Capitolo VII.

Diritto di enfiteusi e di superficie.

Capitolo VIII.

Diritti reali di garanzia.